Die rechtliche Natur und Bedeutung der Approbation und Konzession, insbesondere nach der Gewerbeordnung.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der hohen juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Clemens Schlüter

Gerichtsreferendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Geheimrat Professor Dr. Brie.
Korreferent: Professor Dr. H. Meyer.

Seinem hochverehrten Paten dem Herrn

Freiherrn Clemens von Romberg

Königl. Kammerjunker

auf Schloß Buldern bei Münster in Westfalen

in Liebe und Verehrung

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Annalen des Deutschen Reichs. G. Hirth. Leipzig 1876, 1881.
Archiv für öffentliches Recht. Laband, Störk. Freiburg 1888.
Archiv für zivilistische Praxis. Degenkolb, Franklin, Hartmann, Mandry. Freiburg.
Altmann, Verfassung und Verwaltung des Deutschen Reichs und Preußens. Berlin 1908.
Arndt, Staatsrecht des Deutschen Reichs. Berlin 1901.
Bornhak, Preußisches Staatsrecht. Freiburg 1888.
Bornhak, Grundriß des Verwaltungsrechts in Preußen und dem Deutschen Reich. Leipzig 1906.
Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. Prag, Wien 1902.
Dalcke, Preußisches Jagdrecht, herausgegeben von Delius. Berlin 1908.
Dernburg, Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts. Halle 1906.
Gareis, Das deutsche Handelsrecht. Berlin 1903.
v. Gerber, Über öffentliche Rechte. Tübingen 1852.
v. Gerber, Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts. Leipzig 1869.
Gewerbeordnung von Schenkel. Karlsruhe 1892.
Gewerbeordnung von Rohrscheidt. Leipzig 1901.
Gewerbeordnung von Neukamp. Leipzig 1906.
Gewerbeordnung von Marcinowski. Berlin 1898.
Gewerbeordnung von Landmann. München 1897.
Gewerbeordnung von Kayser. Ausgabe für Preußen von Steiniger. Berlin 1901.
Gewerbeordnung von Hoffmann. Berlin 1906.
Gewerbeordnung von Berger-Wilhelmi, herausgegeben von Spangenberg. Berlin 1907.
Gewerbegesetzgebung im Deutschen Reich von Jakobi. Berlin 1874.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895.
Haenel, Studien zum deutschen Staatsrecht. Leipzig 1873—1888.
Graf Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung. Berlin 1904.
Jellinek, Das Recht des modernen Staates. Berlin 1900.
Jellinek, System der subjektiv öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905.
v. Kirchenheim, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. Stuttgart 1887.
Laband, Staatsrecht des Deutschen Reichs. Tübingen und Leipzig 1901.
Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.

Mayer, O., Deutsches Verwaltungsrecht. Leipzig 1895.
Meyer, G., Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Leipzig 1893.
Philippowich, Allgemeine Volkswirtschaftslehre. Freiburg und Leipzig 1893.
Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden. Nördlingen.
Rohrscheidt, Gewerbearchiv für das Deutsche Reich. Berlin.
Sarwey, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege. Tübingen 1880.
Schmoller, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft. Leipzig.
Schulze, Das preußische Staatsrecht. Leipzig 1888.
Seydel, Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre. Würzburg 1873.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München.
Staatsrechtliche Abhandlungen. Festgabe für Laband. Tübingen 1908.
v. Stengel, Staatsrecht des Königreichs Preußen. Freiburg und Leipzig 1894.
v. Stengel, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart 1886.
v. Stengel, Organisation der preußischen Verwaltung. Leipzig 1884.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.
Ulbrich, Über öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Prag 1875.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig 1868.
Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1885.
Weiß, System des deutschen Staatsrechts. Regensburg 1843.
Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht. Göttingen 1865.
Zeumer, Die goldene Bulle Kaiser Karls IV. Weimar 1908.
Zorn, Das Reichsstaatsrecht. Berlin 1897.

I. Die Gewerbefreiheit; Einschränkung derselben durch Approbation und Konzession.

§ 1.

Begriff des Gewerbes.

Für Erörterung der Frage nach der rechtlichen Natur und Bedeutung der Konzessionen und Approbationen ist es erforderlich, auf den herrschenden Grundsatz der Gewerbefreiheit zurückzugehen.

Hier ist zunächst der Begriff des Gewerbes in das Auge zu fassen. Eine gesetzliche Begriffsbestimmung findet sich nicht; auch die Gewerbeordnung bestimmt nichts Näheres über den Begriff und zählt auch nicht die Erwerbsarten auf, die als Gewerbe ihren Bestimmungen unterstehen sollen; nur durch § 6 GewO. werden gewisse Tätigkeiten ausgeschlossen. § 6 Abs. 1 lautet nämlich: „Das gegenwärtige Gesetz findet keine Anwendung auf die Fischerei, die Errichtung und Verlegung von Apotheken, die Erziehung von Kindern gegen Entgelt, das Unterrichtswesen, die advokatorische und Notariatspraxis, den Gewerbebetrieb der Auswanderungsunternehmer und Auswanderungsagenten, der Versicherungsunternehmer und der Eisenbahnunternehmungen, die Befugnis zum Halten öffentlicher Fähren und die Rechtsverhältnisse der Schiffsmannschaften auf den Seeschiffen. Auf das Bergwesen, die Ausübung der Heilkunde, den Verkauf von Arzneimitteln, den Vertrieb von Lotterielosen und die Viehzucht findet das gegenwärtige Gesetz nur insoweit Anwendung, als dasselbe ausdrückliche Bestimmungen darüber enthält“. Durch diese Aufzählung will der Paragraph aber nicht den Begriff des Gewerbes abgrenzen, daher fällt nicht alles, was nicht erwähnt wird, aus diesem Grunde schon unter „Gewerbe“.

Zum Gewerbe gehört nicht der Ackerbau, die Forstwirtschaft, der Garten- und Weinbau, die Fischerei. Haenel[1]) ist hierin allerdings anderer Ansicht; er zählt auch die Gewinnung roher Naturerzeugnisse zu dem Begriff des Gewerbes. Dagegen bin ich der Ansicht, daß die gesamte Landwirtschaft mit den Nebenbetrieben, die unmittelbar mit der Landwirtschaft verknüpft sind, nicht zu dem Gewerbe gehören. Dieser Ansicht ist auch das Reichsgericht; in der Entscheidung v. 11. 5. 1880 (Bd. 1 S. 265, Zivils.) heißt es, daß die §§ 108ff. GewO. v. 21. 6. 1869 nicht auf landwirtschaftliche Nebengewerbe, z. B. auf die Käsefabrikation Anwendung finden, auch wenn die Käse aus dem auf dem Grundstück gewonnenen Material gemacht werden.

Das Reichsgericht führt weiter aus: Es fragt sich, wie solche mit der Landwirtschaft verbundenen Erwerbsarten zu behandeln seien, welche selbständig betrieben sich als Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung qualifizieren würden. Findet ein solcher gewerbsmäßiger Nebenbetrieb neben dem Hauptbetrieb der Landwirtschaft für Rechnung des Landwirts mit selbsterzeugten Rohstoffen statt, bildet also die Landwirtschaft die einzige bezw. die Hauptbasis dieses Nebengewerbes, so folgt daraus mit Konsequenz, daß lediglich der Charakter der Landwirtschaft entscheidend sein kann, daß also auch das Nebengewerbe nur als landwirtschaftlicher Betrieb angesehen und behandelt werden muß. In einem andern Fall entscheidet das Reichsgericht (Urteil v. 14. 1. 1889 Bd. 18 S. 371, Straff.), daß eine Flachsschwingerei, die in geschlossenen Räumen unter Anwendung von Maschinenkraft und unter Beschäftigung einer größeren Zahl von Arbeitern in stetigem Betrieb ist, erwiesenermaßen aber nur von dem Besitzer auf eigenem Grund und Boden gebauten Flachs verarbeitet, im Sinne der Gewerbeordnung nicht als „Fabrik" angesehen werden kann. Denselben Gedanken spricht auch die Entsch. d. RG. v. 3. 6. 1901 Bd. 22 S. 82 aus: Brennereien und Ziegeleien, wenn sie sich der Regel nach auf die Verwendung selbstgewonnener Rohstoffe beschränken, fallen nicht unter die Gewerbeordnung.

---

[1]) Haenel, Deutsches Staatsrecht Bd. 1 S. 687ff.

Außer der Landwirtschaft mit den Nebenbetrieben fallen nicht unter die Gewerbeordnung: öffentliche Dienste und Berufsarten, die eine höhere wissenschaftliche oder künstlerische Bildung zur Voraussetzung haben, wie z. B. der Lehrberuf,[1]) Seelsorge, ärztlicher Beruf als solcher (Entsch. d. OVG. v. 1. 4. 1887 Bd. 15 S. 41 und v. 25. 11. 1892 Bd. 23 S. 39). Wenn ein an und für sich Gewerbetreibender wissenschaftlich gebildet ist, so übt dieses rechtlich keinen Einfluß auf sein Gewerbe aus. Nur der ärztliche Beruf als solcher fällt nicht unter die Gewerbeordnung, die Ausübung der Heilkunde durch approbierte Ärzte zu Erwerbszwecken muß man zu dem Gewerbe rechnen. In § 29 Abs. 3 u. 5 GewO. heißt es daher auch „Gewerbe" und „Gewerbebetrieb". Schwierig kann die Frage werden, wenn der Arzt zugleich Inhaber einer Heilanstalt ist. Hier muß man meines Erachtens unterscheiden, ob der Anstaltsbetrieb sich als Förderungsmittel der (wenn auch mit Gewinn verbundenen) ärztlichen Berufstätigkeit unterordnet, oder ob die Anstalt ein selbständiges Institut zur Erzielung einer dauernden Einnahmequelle ist. Im letzteren Fall würde sicher Gewerbebetrieb vorliegen.

Nachdem wir bis jetzt negativ festgestellt haben, daß die auf Gewinnung roher Naturerzeugnisse gerichteten Betriebe und ferner Dienste höherer wissenschaftlicher oder künstlerischer Art nicht zu dem Gewerbe zu rechnen sind, gehen wir jetzt weiter und versuchen die Erfordernisse für ein Gewerbe aufzustellen.

Unter den Begriff des Gewerbes fällt eine Tätigkeit, wenn sie auf Erwerb gerichtet ist, nicht wenn sie eine Ersparung bezweckt, wie z. B. die Tätigkeit der Konsumvereine, die ausschließlich an ihre Mitglieder liefern; der Konsumverein bezweckt Verminderung der Ausgaben für die Mitglieder, keine Vermehrung der Einnahmen, also keinen „Gewinn". Die Verteilung einer Dividende ist belanglos, da sie die Rückzahlung eines Teils des für die Waren gezahlten Preises darstellt. In neuerer Zeit sind die

---

[1]) Der Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht ist nur auf Erlangung rein körperlicher Fertigkeiten gerichtet, daher wird er den Bestimmungen der Gewerbeordnung unterstellt werden müssen. Auf entgegengesetztem Standpunkt steht freilich der preuß. MinErl. v. 10. 12. 1880 (MinBl. Nr. 24).

Rechtsprechung und die Gesetzgebung mehrfach dazu übergegangen, auch nicht auf Erwerb gerichtete Tätigkeiten der Gewerbeordnung zu unterstellen. Es fallen nach der Rechtsprechung d. RG. in Strafs. Bd. 22 S. 288 (Urteil v. 14. 12. 1891) Genossenschaftsmolkereien, die eingetragen sind,[1] mithin eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, selbst dann unter die Gewerbeordnung, wenn sie ausschließlich an ihre Mitglieder verkaufen. Durch die Novelle zur Gewerbeordnung v. 6. 8. 1896 (RGBl. S. 685) sind weiterhin in mehreren Fällen Bestimmungen der Gewerbeordnung auch für solche Vereine für anwendbar erklärt worden, deren Tätigkeit nicht auf Erwerb gerichtet zu sein braucht (vgl. §§ 33 Abs. 5 u. 6, 41a Abs. 1, 105b Abs. 3).

Allgemein muß man jedoch sagen,[2] daß zu der Gewerbsmäßigkeit eine *fortgesetzte, gleichartige Tätigkeit* gehört, und daß die Absicht dahin geht, aus dieser Tätigkeit eine *dauernde Einnahmequelle* zu machen, aus ihr Gewinn oder vermeintlichen Gewinn zu ziehen. Mit jedem einzelnen Geschäft Gewinn erzielen zu wollen, ist nicht erforderlich; die Gewinnabsicht braucht nur die den ganzen Betrieb beherrschende Tendenz zu sein. Einzelne Geschäfte können sogar absichtlich mit Schaden gemacht werden, z. B. in der Hoffnung, Kunden zu gewinnen. Die zum Gewerbebegriff erforderliche Tätigkeit muß ferner mittels kaufmännischer oder technischer Kenntnisse und Fertigkeiten der Gewinnerzielung nachstreben, die Mittel dürfen nicht in das Gebiet der Kunst und Wissenschaft gehören, denn dann wäre das Unternehmen kein gewerbliches mehr. Daher sind insbesondere als Gewerbe anzusehen: Handwerk, Industrie, Handel, Verkehrs- und Wirtschaftsgewerbe, Darbietungen von persönlichen Dienstleistungen niedriger Art und Unterhaltungen, bei denen ein Interesse der Kunst und Wissenschaft in einem höheren Maße nicht vorhanden ist.

---

[1]) Gesetz v. 1. 5. 1889 (RGBl. S. 55).

[2]) *Reger*, Entsch. der Gerichte und Verwaltungsbehörden Bd. 2 S. 6; *Gareis*, Das deutsche HR. S. 27ff.

§ 2.

Wesen und Bedeutung der Gewerbefreiheit.

Die Reichsgewerbeordnung beruht auf dem Grundsatz der Gewerbefreiheit, welche allerdings durch mancherlei Bestimmungen beschränkt ist. Derartige Einschränkungen bestehen nur so weit, als sie durch Reichsgesetz vorgeschrieben oder zugelassen sind.[1])

Im Mittelalter beruhte die Verfassung des Gewerbewesens auf den Einrichtungen der Zünfte. Mit Unterstützung der Stadtbehörden gaben sich die freien Handwerker in Anlehnung an die alten hofrechtlichen Innungen, Brüderschaften und Gilden eine feste Organisation. Diese Zusammenschließung entsprang dem dringenden Bedürfnis der gegenseitigen Unterstützung und der einfacheren Erledigung von gewerblichen Streitigkeiten; religiöse und gesellige Zwecke wirkten sicher auch mit. Desgleichen hatten die Genossenschaften seit früher Zeit eine militärische Bedeutung, denn der Bürger war verpflichtet, unter dem Banner seiner Innung Kriegsdienste zu leisten. Die Satzungen der Zünfte wurden allmählich übertrieben, es griff eine einseitige, zu scharfe Auslegung der einzelnen Bestimmungen Platz. Zu diesem inneren Grunde des Verfallens kam der allgemeine wirtschaftliche Niedergang während und nach dem dreißigjährigen Kriege als äußerer Anlaß hinzu.

Der Grundsatz der Gewerbefreiheit gelangte zuerst in Frankreich während der Revolution zum Durchbruch, nachdem bereits in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts Bestimmungen erlassen waren, die das Zunftwesen beschränkten. Gesetzlich wurden die Organisationen 1771 von Turgot aufgehoben.

In Preußen ging man im Anfang des 19. Jahrhunderts zur Gewerbefreiheit über. Die beiden ersten Erlasse in dieser Beziehung sind das Edikt v. 27. 10. 1810 wegen Aufhebung der Mühlengerechtigkeit usw. (GS. 1810 Nr. 27) und das Gesetz v. 2. 11. 1810 über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer (GS.

---

[1]) vgl. zu dem folgenden geschichtlichen Rückblick Stengel, Lehrb. des deutschen VerwR. S. 386 Anm. 1.

1810 Nr. 79). Erst die Gewerbeordnung v. 17. 1. 1845 (GS. 1845 Nr. 41) führte in ganz Preußen die Gewerbefreiheit ein, aber immerhin wurden in der Absicht, den Handwerkerstand zu festigen, die Innungen begünstigt.

In den meisten anderen Staaten Deutschlands wurde die Gewerbefreiheit erst durch die Reichsgewerbeordnung eingeführt, oder sie gelangte doch nur wenige Jahre vorher zum Durchbruch.

Was bedeutet nun der Ausdruck „Gewerbefreiheit"? Gewerbefreiheit ist die Freiheit des gewerblichen Betriebes innerhalb einer Gewerbeordnung, welche als zwingendes Recht jedem Gewerbetreibenden bestimmte Schranken setzt. Eine Beschränkung der Gewerbefreiheit ist nur insoweit zulässig, als die Gewerbeordnung selbst sie gestattet. Ferner ist jede Unterscheidung zwischen Stadt und Land in bezug auf den Gewerbebetrieb aufgehoben. Privilegien sollen nicht begründet werden. Es ist sowohl der gleichzeitige Betrieb verschiedener Gewerbe als auch desselben Gewerbes in mehreren Betriebs- oder Verkaufsstätten erlaubt. Die Handwerker sind nicht auf den Verkauf von selbstgefertigten Waren beschränkt. Das Recht, andere von dem Betrieb auszuschließen, steht den Zünften nicht zu.

Näher einzugehen ist hier auf § 1 Abs. 1 GewO.: „Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind". Unter „dieses Gesetz" ist die Gewerbeordnung zu verstehen; es ist aber unbedingt nötig, auch anderen Reichsgesetzen diese Kraft zuzuerkennen, wie z. B. dem Strafgesetzbuch in den §§ 180, 284, 357, 3 usw. Auch kleinere spezielle Reichsgesetze besitzen die Fähigkeit, den Gewerbebetrieb einzuschränken. Ich erwähne hier nur

1. Gesetz betr. die Wetten bei öffentlich veranstalteten Pferderennen v. 4. 7. 1905 (RGBl. S. 595);
2. Gesetz betr. Phosphorzündwaren v. 10. 5. 1903 (RGBl. S. 217);
3. Süßstoffgesetz v. 7. 7. 1902 (RGBl. S. 253).

Was hat man weiterhin unter „Beschränkungen" zu verstehen? Seydel[1]) behauptet, jede Beschränkung auf privatrechtlichem Gebiet sei unzulässig. Dieser Ansicht kann ich mich durchaus nicht anschließen. In dem ganzen heutigen Recht und besonders im Handelsrecht herrscht der Grundsatz, dem einzelnen Individuum so viel Freiheit zu lassen, als es nur irgendwie mit den Interessen der Allgemeinheit vereinbart werden kann. Aus welchen Gründen soll sich der einzelne — abgesehen von den unten gemachten Vorbehalten — nun nicht auf privatrechtlichem Gebiet beschränken dürfen? Den Ausdruck „Beschränkung" im § 1 Abs. 1 GewO. derartig auch auszulegen, wie es Seydel beabsichtigt, liegt keine Veranlassung vor. Unter Beschränkungen sind meines Erachtens solche zu verstehen, die auf einen fremden, übergeordneten Willen, nicht auf den eigenen zurückzuführen sind. Die auf den eigenen Willen zurückführbaren Selbstbeschränkungen sind nur dann unzulässig, wenn dieses gesetzlich bestimmt ist, wie z. B. im § 10 GewO.[2])

Die Beschränkung entspricht vermutlich den berechtigten Interessen desjenigen, zu dessen Gunsten sie vorgenommen wird; allerdings muß sie in örtlicher und zeitlicher Beziehung und in betreff des Gegenstandes so begrenzt sein, daß eine unangemessene Beschränkung der Bewegungsfreiheit nicht vorliegt. Dieses besagen auch die Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 1 S. 22 ff., Entsch. v. 3. 12. 1879 u. Bd. 2 S. 118 ff., Entsch. v. 20. 10. 1880.

Kurz zusammengefaßt bedeutet das Prinzip der Gewerbefreiheit, daß die gewerbliche Tätigkeit der Privatpersonen an und für sich nicht Objekt der Verwaltung und Geschäftsführung des Staates ist;[3]) der Staat leitet die Geschäftsführung des einzelnen nicht und mischt sich grundsätzlich nicht ein. Dagegen kann der

---

[1]) Seydel, Gewerbepolizeirecht nach der RGewO. S. 587, in Hirths Annalen 1881.

[2]) vgl. noch §§ 100 g u. 152 GewO. Durch Kartelle, Ringe oder Trusts werden „ausschließliche Gewerbeberechtigungen" nicht geschaffen, die Wirksamkeit solcher Verträge richtet sich nach dem allgem. Recht, z. B. § 138 BGB.

[3]) Weiß, System des deutschen Staatsrechts S. 778; Löning, VerwR. S. 484 ff.; Jakobi, Gewerbegesetzgebung S. 10; Laband, Staatsrecht Bd. 3 S. 193 ff.

der Staat die gewerbliche Tätigkeit mittelbar fördern, ja er muß dieses tun, denn ein teilnahmloses Zuschauen in bezug der Entwicklung des Gewerbes wird niemand bei der großen wirtschaftlichen Bedeutung erwarten. Der Staat berücksichtigt infolgedessen die Bedürfnisse des Gewerbes bei der Normierung von Rechtssätzen, bei Abschluß von Staatsverträgen, bei Verbesserungen und Änderungen des Steuersystems. Der Staat kann Anstalten für technische Bildung zwecks Förderung des Gewerbes errichten und unterhalten, nützliche Erfindungen veröffentlichen, gewerbliche Privatvereine begünstigen, durch Ausstellungen lehrreich und anregend wirken usw. Seine unmittelbare Aufgabe und Tätigkeit ist im allgemeinen darauf beschränkt, die Rechtsordnung festzulegen und innerhalb dieses Gebietes entfaltet sich dann die Handlungsfreiheit des einzelnen.

§ 3.

Die rechtliche Natur der Gewerbefreiheit.

a) Subjektiv-öffentliches Recht.

Die eine Theorie sieht in der Gewerbefreiheit ein subjektiv-öffentliches Recht.

Vgl. z. B. v. Kirchenheim, Staatsrecht S. 160 f.; Schulze, Preuß. Staatsrecht S. 365—367; v. Stengel, Deutsches VerwR. S. 34—37; v. Stengel, Organisation der preuß. Verwaltung S. 33 f.; v. Stengel in Hirths Annalen 1876 S. 909—915; Gierke in Schmollers Jahrb. f. Gesetzgebung usw. 1883 Heft 4 S. 30 ff.; Fleiner, Einzelrecht und öffentliches Interesse, in der Festgabe für Laband Bd. 2 S. 4.

Rechte und Pflichten sind öffentlichrechtliche, wenn sie sich mittelbar oder unmittelbar aus dem Staatsverbande oder einem anderen öffentlichen Gemeinwesen ergeben. Bezüglich der Einteilung dieser Rechte ist eine einheitliche Ansicht nicht vorhanden; die gebräuchlichste Einteilung ist die in politische und in bürgerliche Rechte. Politische Rechte, droits politiques, sind diejenigen Befugnisse, die aktive Beteiligung, sei es mittelbar oder unmittel-

bar, an der Gesetzgebung und Verwaltung der staatlichen Gemeinschaft gewähren. Hierher gehört das Recht der Teilnahme an gesetzgebenden Versammlungen, an der Rechtspflege und Verwaltung im engeren Sinn, das aktive und passive Wahlrecht. Die übrigen aus der Zugehörigkeit zum Staat oder zu einem sonstigen öffentlichen Gemeinwesen sich ergebenden Rechte, droits civils,[1]) beziehen sich auf das Verhältnis zwischen einzelnen und Staat, und sie umfassen die Ansprüche, die jeder gegen den Staat erheben kann. Hierher gehören: Statusrechte (Staats- und Gemeindeangehörigkeit), das Recht auf Benutzung öffentlicher Sachen und Einrichtungen, die sogen. Grundrechte oder allgemeinen Freiheitsrechte. Das Wesen dieser sogen. Grundrechte besteht darin, daß der Grundsatz der freien Persönlichkeit sich nach verschiedenen Seiten hin ausbreitet, während gleichzeitig die Staatsgewalt sich verpflichtet, bestimmter Eingriffe in die individuelle Rechtssphäre des einzelnen sich zu enthalten. Zu diesen verschiedenen Äußerungsmöglichkeiten, die (weil sie staatlich garantiert sind) als subjektive Rechte bezeichnet werden, gehört auch die Gewerbefreiheit als das Recht, seine Persönlichkeit auf dem Gebiete des Gewerbes frei zu betätigen.

Näher geht Rehm in seinem Buche „Die rechtliche Natur der Gewerbskonzessionen" S. 17—25 auf die Gewerbefreiheit ein. Da der Betrieb eines Gewerbes jedermann „gestattet" ist, so hat jede Privatrechtsperson und der Staat Störungen zu unterlassen. Diesen Pflichten entspricht ein Handelndürfen, eine Befugnis. Der Betreffende hat einen Anspruch auf Unterlassung event. auf Schadensersatz bei Störung. Hervorzuheben ist, daß dieser Anspruch zunächst privatrechtlicher Natur ist, denn jedes Rechtssubjekt kann von allen anderen, ohne Rücksicht auf staatliche Zugehörigkeit, verlangen, daß sie sich der Eingriffe in seine persönliche Freiheit und in sein Eigentum enthalten. Dieser Anspruch gewinnt aber die Eigenschaft eines öffentlichen Rechts dann, wenn es sich darum handelt, ob und inwieweit bezw. unter welchen Voraussetzungen die öffentlichen Verwaltungsorgane in diese Unverletzlichkeit und Freiheit eingreifen und dieselbe beschränken dürfen.

[1]) droits civils sind nicht zu verwechseln mit bürgerlichen Rechten.

Das zu dem Handelndürfen gehörige Willensvermögen besitzt der entwickelte Mensch von Natur, rechtliche Bedeutung enthält das natürliche Können erst durch das positive Recht.

§ 1 GewO. verleiht ferner nach Rehms Ansicht das Dürfen auch demjenigen, der von Natur aus nicht wollen kann; die Privatpersonen dürfen den Betreffenden nicht hindern, dagegen bemerke ich hier, ehe ich näher auf die Theorie von Rehm eingehe, daß die staatliche „Verleihung“ doch nur besagt, der Staat werde Privatgeschäfte nicht hindern!

Der einzelne kann seine privaten Interessen[1]) am besten übersehen und ist in erster Linie berufen, Bestimmungen darüber zu treffen. Der Staat greift nur ergänzend ein. Anders ist aber das Verhältnis zwischen einzelnen und verwaltenden Staat! „Der Gesetzgeber hat durch diesen Rechtssatz (der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet) lediglich eine Verpflichtung der Verwaltungsbehörden gegenüber dem im Gesetz objektivierten Staatswillen ins Leben gerufen. Soll die Erfüllung dieser Pflicht . . . als eine Willenseinwirkung seitens des Individuums erscheinen, so bedarf es weiterer Rechtsnormen, aus denen hervorgeht, daß der Gesetzgeber nicht unmittelbar durch eigenen Willen, sondern durch das Studium des einzelnen auf die Verwaltungsorgane bestimmend einwirken wollte“. Eine solche sei aber in § 1 GewO. aufgestellt, die Gewerbefreiheit sei mithin ein privates und öffentliches Recht des einzelnen.

Rehm geht von der „Befugnis“ aus; wird ein Recht ausgeübt, so ist dieses eine Rechtsbefugnis, wird eine natürliche Handlung vorgenommen, die nicht verboten ist, so sagt man natürliche Befugnis. [Einen Mittelbegriff zwischen Recht und Nichtrecht gibt es aber nicht!

Wenn gewisse Betätigungen der natürlichen Handlungsfähigkeit jetzt nicht mehr verboten sind, so ist die Folge, daß die früher unerlaubten Handlungen jetzt erlaubt sind. Die Quelle, der diese Befugnis entspringt, ist aber nicht verändert.

Ist es überhaupt nicht viel besser, von Freiheit in der Einzahl zu reden, da die sogen. Freiheitsrechte doch nur verschiedene

[1]) Rehm a. a. O. S. 24f.

Möglichkeiten oder Arten sind, wie die Freiheit sich kundgibt? Ein Unterschied zwischen den einzelnen „Freiheitsrechten“ ist nur auf politischem und historischem Boden vorhanden; es wird die Tatsache festgestellt, daß etwas früher Verbotenes nun gestattet ist, und daß nicht mehr die Absicht besteht, es zu beschränken. Treffend sagt Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht Bd. 1 S. 443: „Nur die verkehrte Idee, daß man von einer ursprünglich unbeschränkten ‚natürlichen Freiheit‘ des einzelnen ausging oder von ‚Urrechten der Menschen‘ sprach, wo der einzelne als solcher gar kein Recht hat, erklärt die gewöhnliche Bezeichnung“.

Diese sogen. Freiheitsrechte treten in der Form von bestimmten Direktiven auf, die in den Verfassungsurkunden für die Gesetzgebung gegeben sind. Sie bilden aber in keiner Weise eine rechtliche Schranke für die Gesetzgebung; auch muß man, um den Inhalt eines Freiheitsrechts im einzelnen festzustellen, stets einschlägige Spezialgesetze berücksichtigen.

Zum Schluß möchte ich noch einen Einwand gegen diese Theorie erheben. Im Anschluß an Landmann[1]) behaupte ich, daß, falls die oben dargelegte Ansicht von Rehm richtig wäre, die Novellen zur Gewerbeordnung, durch die später die Gewerbefreiheit teilweise wieder eingeschränkt wurde, auf alle bereits geborenen Personen sich nicht hätten erstrecken können, und daß der Grundsatz des § 1 Abs. 2 — keine rückwirkende Kraft späterer einschränkender Bestimmungen — auf dieselben hätte angewendet werden müssen. Allerdings gebe ich zu, daß der Grundsatz der nichtrückwirkenden Kraft besonders für die Auslegung wichtig ist, desgleichen nicht in demselben Maße auf angebliche subjektiv-öffentliche Rechte angewendet werden kann wie auf Privatrechte. Aber trotzdem ist dieses sehr beachtenswert.

Auch das preußische Oberverwaltungsgericht hat ausgesprochen, daß die Einführung der Gewerbefreiheit in § 1 GewO. nicht jedem Staatsbürger den Rechtsanspruch verliehen hat, danach ohne Rücksicht auf die fortschreitende Gesetzgebung zum Betrieb eines Gewerbes zugelassen zu werden (Entsch. v. 5. 6. 1880 Bd. 6 S. 265).

---

[1]) Landmann, GewO. Bd. 1 S. 46.

b) Gewerbefreiheit ist ein Ausfluß der allgemeinen persönlichen Freiheit.

Die andere Meinung sieht in der Gewerbefreiheit ein „Bruchstück" der allgemeinen persönlichen Freiheit, einen Ausfluß der Willensfreiheit alles rechtlich nicht Verbotene ist erlaubt.

> Vgl. Bornhak, Grundriß des VerwR. S. 136; Seydel, Grundzüge der Staatslehre S. 49; Altmann, Verfassung und Verwaltung Bd. 1 S. 172.

Dieser Ansicht schließe ich mich auch an. Ich halte die Gewerbefreiheit für ein volkswirtschaftliches Prinzip; jeder ohne Unterschied des Geschlechts, Alters, Standes, oder Staatsangehörigkeit, des Wohn- und Aufenthaltsortes kann jedes Gewerbe betreiben, soweit das Gesetz für gewisse Arten von gewerblichen Anlagen oder bestimmte Berufe nicht besondere Beschränkungen festsetzt (vgl. §§ 16—40 GewO.). Mittelalterliche Zustände werden negiert.

Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht die Entsch. d. OVG. v. 11. 1. 1901 Bd. 38 S. 66:

> „Gewerbefreiheit ist überhaupt kein Begriff von positivem Rechtsinhalt und noch viel weniger ein subjektives Recht, sondern die Negation gesetzlicher Beschränkungen der allgemeinen Handlungsfähigkeit in bezug auf die gewerbliche Tätigkeit".

Auch Löning schließt sich dieser Ansicht des Oberverwaltungsgerichts an; auf S. 12 seines Buches „Lehrb. des deutschen VerwR." heißt es: „Der einzelne hat kein besonderes Recht, Gewerbe zu treiben, zu reisen, Vereine zu bilden usw. Aber alle diese Tätigkeiten sind nur Äußerungen seiner Freiheit, und jede Beschränkung seiner Freiheit darf nur auf Grund eines Rechtssatzes erfolgen. Es ergibt sich daraus, daß das Recht der Gewerbe-, Aufenthalts-, Reise-, Preß-, Vereinsfreiheit usw. nicht besondere Rechte sind, so wenig wie das Recht des Eigentümers, in seinem Garten spazieren zu gehen, Blumen abzubrechen usw., besondere Rechte sind. Wie alle diese Handlungen nur Ausübungen des Eigentumsrechts sind, so sind auch Gewerbebetrieb, Reisen usw. nur Ausübungen des Rechts der Persönlichkeit, der Freiheit".

§ 4.

Beschränkung der Gewerbefreiheit durch das Erfordernis der besonderen Genehmigung.

Das Prinzip der Gewerbefreiheit ist nicht vollständig durchgeführt, es finden sich einige bedeutende Einschränkungen. Die Ursachen sind ganz verschiedener Art. Die allgemeine Sicherheit muß berücksichtigt werden. Sittlichkeit und Gesundheitspflege können ausschlaggebend sein; Verkehrserfordernisse können vorliegen.[1]) Das Interesse des Staates in politischer, militärischer und finanzieller Hinsicht darf nicht unbeachtet gelassen werden.

Die Gewerbefreiheit kann sogar eingeschränkt werden, um einzelnen Gewerbetreibenden eine bessere Lage zu verschaffen und ihr Gewerbe zu heben, damit auf diese Weise auch ihrerseits die Volkswirtschaft in Wechselwirkung davon Nutzen hat.

Aus wichtigen Gründen durchbricht der Staat die Gewerbefreiheit, und diese Durchbrechung geschieht, indem er den Betrieb an erschwerende Bedingungen knüpft oder ihn einschränkt. So sind gewisse Gewerbe an die Verleihung der Erlaubnis zum Betriebe durch die Behörde — Konzession — gebunden, wie Gastwirtschaften, Schauspielunternehmungen, Pfandleihgewerbe usw. Für Schiffer, Apotheker, Baumeister usw. wird der Nachweis der Befähigung gefordert. Fast in allen Staaten wird die Anlage und der Betrieb der Gewerbe staatlicherseits überwacht, und es werden Vorschriften über die Art des Betriebes erlassen. Besonderen Beschränkungen ist weiterhin der Gewerbebetrieb im Umherziehen unterworfen, da dieser Handelszweig sehr lästig werden kann (vgl. Gewerbearchiv Bd. 2 S. 548). Der Arbeitsvertrag ist endlich oft staatlich geordnet.

Es bestehen also Ausnahmen, sie sind aber — wenn sie Ausnahmen sind — nirgends so umfassend, daß sie die Gewerbefreiheit aufzuheben imstande sind. Immerhin bedeutet das Prinzip der Gewerbefreiheit nicht absolute individuelle Freiheit, sondern nur individuelle Freiheit innerhalb der staatlich anerkannten Grenzen.

---

[1]) vgl. Bornhak, VerwR. S. 136 ff.; v. Kirchenheim, Staatsrecht S. 156.

Von den eben erwähnten Fällen, in denen eine besondere Genehmigung erforderlich ist, handelt Titel 2 Abschn. 2 der Gewerbeordnung, enthaltend die §§ 16—40. Vorweg sei bemerkt, daß der Ausdruck „Erfordernis besonderer Genehmigung" in der Titelüberschrift nicht richtig ist, denn die in den §§ 35 ff. behandelten Gewerbe bedürfen keiner besonderen Genehmigung, sie sind anderen Beschränkungen unterworfen.

Der Titel 2 zerfällt in drei Abschnitte, der Abschn. 3 in zwei Teile:

1. Anlagen, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen;
2. Gewerbetreibende, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen.

Die Genehmigung ist mithin entweder eine sachliche für die Anlage oder eine persönliche für den Unternehmer. Zweifel, ob Personal- oder Sachkonzession vorliegt, können bei den Gast- und Schankwirtschaften auftauchen. Es heißt in § 33 (also Titel 2 Abschn. 2 Teil 2): Die Genehmigung ist dann zu versagen, wenn das zum Betrieb des Gewerbes bestimmte Lokal wegen seiner Beschaffenheit oder Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügt.

Die Erlaubnis wird für ein bestimmtes Lokal erteilt, der Bestand derselben ist an die Person des konzessionierten Unternehmers, nicht an das Lokal geknüpft. Spangenberg geht aber zu weit, wenn er in der Gewerbeordnung von Berger-Wilhelmi (S. 92) behauptet, die Konzession sei rein persönlich.

Beim Tode des Konzessionsinhabers bleibt die Konzession dem Lokal nicht erhalten; der § 46 GewO., der von Witwen und minderjährigen Erben handelt, bildet eine Ausnahme. Die Konzession erlischt, wenn der Konzessionsinhaber sie aufgibt oder gemäß der §§ 49, 53 GewO. verliert. Der Pächter bedarf ferner im Gegensatz zum Stellvertreter einer neuen Erlaubnis (§ 45 GewO.). Zu erwähnen wäre an dieser Stelle auch die Entscheidung des württembergischen Verwaltungsgerichtshofes, wodurch eine Erlaubnis für nichtig erklärt wird, welche sich der Gesuchsteller durch falsche Namensnennung erschlichen hatte (Regers Entsch. Bd. 7 S. 357). Andererseits bleibt aber zu bedenken, daß jeder Lokalwechsel die Konzession erlöschen läßt. Ich nehme daher an, daß

eine eigenartige Verbindung von Sach- und Personalkonzession vorliegt, deren beide Bestandteile, jede für sich, auf die „Gesamtkonzession“ einwirken.[1])

§ 5.

Die einzelnen Gesetzesausdrücke in Titel 2 der Gewerbeordnung.

Im Gesetzestext finden sich die verschiedensten Ausdrücke:

1. Approbation bei Ärzten und Apotheken (§ 29 GewO.);
2. Konzession bei privaten Kranken-, Entbindungs- und Irrenanstalten; bei dem Gewerbe der Markscheider (§ 30, 1 und § 34, 3 GewO.);
3. Prüfungszeugnis bei Hebammen und dem Hufbeschlaggewerbe (§ 30, 3 u. § 30, 3 GewO.);
4. Befähigungszeugnis bei Seeschiffern, Seesteuerleuten, Maschinisten der Seedampfschiffe und Lotsen (§ 31, 1 GewO.);
5. Genehmigung bei der Errichtung von Anlagen in den §§ 16—28; ferner in §§ 40, 49, 50, 53 u. a. der GewO.;
6. besondere Genehmigung bei dem Handel mit Giften und nach landesrechtlicher Anordnung bei dem Betrieb des Lotsengewerbes (§ 34, 3 GewO.); ferner in den Überschriften von Titel 2 und Titel 2 Abschn. 1;
7. Erlaubnis bei Schauspielern, Gast- und Schankwirtschaft, Pfandleiher, Pfandvermittler und Gesindevermieter (§§ 32, 33, 34 GewO., weiter in §§ 33a u. 33b GewO.).

Diese speziellen Ausdrücke für die einzelnen Gewerbebetriebe im Gesetz werden in der Literatur meistens nicht beibehalten, man spricht allgemein von Approbation und Konzession und rechnet darunter auch alle verschiedenen, oben aufgezählten Ausdrücke; freilich wird der Ausdruck „Approbation“ nur in einem engeren Sinne gebraucht. Darauf komme ich im folgenden noch zu sprechen. Meine Ansicht will ich durch folgende Stelle beweisen:

---

[1]) vgl. Bornhak, Grundriß d. VerwR. S. 137.

Spangenberg, GewO. von Berger-Wilhelmi spricht in Anm. 3 auf S. 154 stets von Konzession, während in dem dazugehörigen Gesetzestext Genehmigung steht.

Laband, Staatsrecht Bd. 1 S. 203 spricht von einer Approbation der Hebammen.

Landmann, GewO. Bd. 1 S. 261: „Die Erlaubnis, die der Schauspielunternehmer nötig hat, darf ... nicht auf Zeit erteilt werden. Gegen Versagung der Genehmigung ...“

Neukamp, GewO. S. 52 spricht von einem unkonzessionierten Gewerbebetrieb der Hebamme.

Stengel, VerwR. S. 390 sagt bei Pfandleihern, Gastwirtschaft, Schauspielunternehmern, privaten Entbindungsanstalten usw. Konzession.

Rohrscheidt, GewO. S. 122 Anm. 9 zu § 32 unterscheidet nicht zwischen Konzession und Erlaubnis.

Marcinowski, GewO. Anm. 2 zu § 31 S. 87 behandelt die Approbation von Seeschiffen, Seesteuerleuten usw.

Überwiegend werden die beiden Ausdrücke Approbation und Konzession gebraucht. Approbare gleich adprobare bedeutet zustimmen, billigen, genehmigen, beifällig aufnehmen. Concedere heißt zugestehen, vergünstigen, einräumen.[1]) Ein feiner Unterschied liegt darin, daß bei approbare ein Anerkennen auf Grund geleisteter Dienste durchschimmert, es wird etwas als beifällig aufgenommen und als gut anerkannt; concedere dagegen hat etwas von Güte oder Gnade in sich, es wird etwas freigegeben, indem man sich durch Gründe belehren läßt. Dieser Unterschied läßt sich auch bei Approbation und Konzession nicht von der Hand weisen. Bei der Approbation wird die Befähigung für das betreffende Gebiet geprüft, während bei der Konzession hauptsächlich die allgemeine Zuverlässigkeit und die Prüfung gewisser Eigenschaften in Betracht kommt (vgl. Bornhak, Grundriß des VerwR. S. 137; Stengel, Staatsrecht in Preußen S. 504 und G. Meyer, VerwR. Bd. 1 S. 394).

---

[1]) Stowasser, Wörterb., Leipzig 1900, unter approbare, concessio; Georges, Wörterb., Leipzig, unter approbare, concedere.

Approbation ist weiterhin ein höherer und besserer Ausdruck, im Sprachgebrauch wird er daher stets bei Ärzten und Apotheken angewandt, während Konzession allgemeiner und gewöhnlicher klingt. Ein ähnlicher Unterschied ist etwa auch zwischen Lohn und Honorar vorhanden. Zusammenfassend kann man folgendes sagen: Der Ausdruck Approbation wird gebraucht, um diejenigen Genehmigungen zur Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit zu bezeichnen, die auf Grund eines Nachweises der Leistungen und Befähigung erteilt werden. Konzession ist ein allgemeinerer Ausdruck. Bei der Konzession kommen Erwägungen verschiedener Art in Betracht, persönliche Eigenschaften des zu Konzessionierenden, Beschaffenheit des zum Gewerbebetrieb bestimmten Lokals, Bedürfnisfragen werden berücksichtigt. Im Gegensatz dazu wird bei der Approbation lediglich die Frage der Befähigung geprüft, sie darf und muß auf Grund des Nachweises der Befähigung erteilt werden.[1]) Die Gewerbeordnung gebraucht den Ausdruck „Approbation" nur bei Ärzten und Apothekern, doch scheint es meines Erachtens richtig zu sein, den Ausdruck auf alle diejenigen anzuwenden, deren Gewerbebetrieb an den Besitz eines Prüfungs- oder Befähigungszeugnisses geknüpft ist. Dieses ist außer bei Ärzten und Apothekern noch bei Hebammen, Seeschiffern, Seesteuerleuten, Lotsen und Maschinisten der Seeschiffe der Fall; landesrechtlich können diese Bedingungen für Markscheiden und das Hufbeschlaggewerbe angeordnet werden.

---

[1]) Die Approbation darf natürlich verweigert werden, wenn in der Frist zwischen Einreichung des Gesuchs um Erteilung und der Erteilung selbst eine strafbare Handlung vorkommt, wegen der die Approbation entzogen werden darf.

II. Die rechtliche Natur der Approbation und Konzession.

§ 6.

Reflexwirkung des objektiven Rechts.

Für die Gewerbefreiheit lehne ich, wie oben gezeigt, den Begriff des subjektiv-öffentlichen Rechts ab, dagegen bin ich der Meinung, daß durch die erteilte Approbation und Konzession ein subjektiv-öffentliches Recht begründet wird. Rehm behauptet zwar, wenn man die Gewerbefreiheit nicht als subjektiv-öffentliches Recht auffasse, die Ansicht auch nicht hinsichtlich der erteilten Approbation und Konzession haben kann.[1])

Über das subjektiv-öffentliche Recht hat Gerber 1852 ein Werk veröffentlicht.[2]) Er sagt darin, das subjektiv-öffentliche Recht sei eine Täuschung, wo man subjektives Recht annimmt, sei objektives Recht vorhanden, Das angeblich subjektive Recht sei eine Reflexwirkung des objektiven, es handele sich um Rechtssätze, die Normen für die Ausübung der Staatsgewalt enthalten; die Befugnisse der Staatsgewalt würden eingeschränkt. Ein subjektives Recht der Konzession entstehe nicht, nur die Tatsache sei für den einzelnen vorhanden, daß er unter der Voraussetzung eines bestimmten Tatbestandes die Berechtigung hat, das Zurücknehmen der Verfügung zu erlangen. Gerber leugnet das Vorhandensein jedes subjektiv-öffentlichen Rechts aber durchaus nicht; man vergleiche insbesondere sein 1869 erschienenes Buch „Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts“ § 18 S. 49 ff.

---

[1]) Rehm, Rechtliche Natur der Gewerbskonzessionen S. 10.

[2]) Gerber, über öffentliche Rechte S. 78—80.

Wenn durch die Verfügung kein Recht verletzt wird, wie soll dann das Recht auf Zurücknahme der Verfügung entstehen? Diese Frage muß auftauchen, wenn Gerber behauptet, es sei ein subjektives Recht vorhanden, die Zurücknahme einer Verfügung zu verlangen. Als Gerber im Jahre 1852 sein Buch veröffentlichte, gab es in den deutschen Staaten noch keine Verwaltungsgerichte; ohne rechtlichen Schutz für die rechtlichen Forderungen läßt sich Reflex objektiven Rechts aber schwer von den subjektiven individualisierten rechtlichen Forderungen an den Staat trennen.[1]) Die Freiheitssphäre war freilich durch Strafgesetz und Strafprozeßordnung geschützt; die Verfassungssätze, die das Hausrecht, Briefgeheimnis usw. anerkennen, wandten sich aber gegen administrative Willkür, und als Schutz dagegen gab es lange Zeit nur die Verwaltungsbeschwerde. So sagt Fleiner in der Festgabe für Laband Bd. 2 S. 1: „Erst die Gesetzgebung der Gegenwart hat auf allen Gebieten, auf denen die öffentliche Verwaltung mit der Willensfreiheit und dem Vermögen des Bürgers in Berührung tritt, dem einzelnen Rechtsschutz eingeräumt und ihn dadurch in den Stand gesetzt, auch gegen den Herrscher Staat seine Rechte zur Geltung zu bringen“.

Der Ansicht von Gerber folgt im großen und ganzen Ulbrich in seinem Werke „Über öffentliche Rechte und Verwaltungsgerichtsbarkeit“. S. 21 f. sagt er, daß der größte Teil dieser von den positiven Gesetzen in das Gewand subjektiver Berechtigungen gekleideten angeblich allgemeinen Rechte nur objektive Grenzen der Staatsgewalt sind. — Schlägt man S. 25 auf, so heißt es, „man kann allerdings“ Preßfreiheit, Vereinsrecht, Religionsausübung als subjektiv-öffentliche Rechte auffassen!

Der Ansicht von Gerber-Ulbrich schließt sich Thon in seinem „Rechtsnorm und subjektives Recht“ S. 120—123 an: Subjektives Recht entsteht erst durch die Möglichkeit eigener Rechtsverfolgung. Die Beschaffenheit dieses Anspruchs entscheidet dann, ob privates oder öffentliches Recht vorliegt.

Zorn wendet sich gegen das subjektiv-öffentliche Recht überhaupt (vgl. Zorn, Staatsrecht Bd. 2 S. 46 Anm. 29), und

---

[1]) Jellinek, System d. öffentl. R. S. 101 ff.

auch Laband wendet sich in seinem „Staatsrecht“ Bd. 1 S. 138 ff. dagegen, daß durch die erteilte Approbation und Konzession ein subjektiv-öffentliches Recht erworben werde. Da kein Objekt vorhanden sei, könne es nicht existieren. Aber wenn man persönlich frei ist, so kann die persönliche Freiheit doch ein Objekt sein!

Auch Unger hat zu dem viel behandelten Problem der subjektiv-öffentlichen Rechte Stellung genommen (Österr. PrivR. Bd. 1 S. 499 ff.). Er behauptet, der Anspruch auf persönliche Freiheit sei kein subjektives Recht; es handele sich nur um allgemeine Äußerungsmöglichkeiten, nicht um konkrete Rechte. Von diesem Standpunkt aus müßte man von einem Recht zu niesen, zu riechen, auf einem Fuße zu stehen usw. sprechen. Weiterhin sagt er von dem Recht, das uns zusteht: Dadurch ist der Wille anderer Personen unserem Willen unterworfen, in den durch die Rechtsordnung geregelten Beziehungen ist der Berechtigte befugt, zu handeln und von anderen Unterlassungen zu fordern.

Auch Arndt ist der Meinung, daß Konzessionen nur die staatliche Anerkennung enthalten, daß der Tätigkeit keine gewerbepolizeilichen Hindernisse entgegenstehen (Staatsrecht des Deutschen Reichs S. 222 f.). Dieser Ansicht ist auch Seydel (vgl. Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre, Würzburg 1873, S. 38 ff. und den Abschnitt „Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung“ in Hirths Annalen 1881 S. 637).

Zum Schluß wollen wir noch Bornhak erwähnen, der in seinem „Preußischen Staatsrecht“ Bd. 1 S. 268 genauer auf die Frage eingeht.

Wechselseitige Rechte sind nach dessen Ansicht nur denkbar, wenn beide Faktoren derselben sie beherrschenden Rechtsordnung unterworfen sind; der Staat ist aber Quelle der Rechtsordnung und steht mithin über dem Recht. Wider den Willen des Staats kann kein Untertan sein Recht geltend machen, im Gegenteil, der Staat hat die Macht, durch Gesetzgebung das Recht zu vernichten. Steht es aber rechtlich in dem Belieben des einen Teils, ob er einem Anspruch genügen will, der gegen ihn geltend gemacht wird, so ist dieser Anspruch kein subjektives Recht und ein bindendes Rechtsverhältnis entsteht nicht.

Dieser Ansicht folge ich nicht. Der Staat „setzt Recht“, damit die Staatsorgane und die privaten Personen gebunden sind, und weiterhin ist die Zusicherung enthalten, daß die Staatsorgane nach den Rechtsangaben zu handeln verpflichtet sind, wenn auch für die Untertanen noch nicht in allen Fällen subjektives Recht begründet ist.[1]) Die Rechtsregeln selbst entstehen in rechtlichen Formen und sind auf eben demselben Wege abänderlich. Das Strafrecht, z. B. § 211, enthält nicht nur eine Anweisung für den Richter, denjenigen zum Tode zu verurteilen, der einen Menschen vorsätzlich und mit Überlegung tötet, sondern dieser Paragraph enthält zugleich auch die Zusicherung an die Untertanen, daß wegen Mordes nur der zum Tode verurteilt wird, der einen Menschen vorsätzlich und mit Überlegung tötet. Ebenso verhält es sich mit den anderen Rechtsgebieten. Alle Normen begründen die Erwartung, daß sie befolgt werden, solange nicht ein rechtmäßiger Aufhebungsgrund vorliegt. In jedem einzelnen Rechtssatz liegt die Zusicherung, daß er für die Dauer seiner Geltung auch den Staat selbst verpflichtet. In dem Akt der Rechtsschöpfung nimmt der Staat die Pflicht auf sich, seinen Untertanen gegenüber das Recht anzuwenden und durchzuführen!

§ 7.

Die erteilte Approbation und Konzession schafft ein subjektiv-öffentliches Recht.

Die andere Theorie sieht in der erteilten Konzession und Approbation die Erlangung eines subjektiv-öffentlichen Rechtes. Dieser Ansicht schließe ich mich auch an; die Begründungen für diese Theorie sind jedoch sehr verschieden.

Der Mensch kann — sagt Stengel — seinen freien Willen verschieden äußern, und diesen Äußerungsmöglichkeiten verleiht der Gesetzgeber Rechtmäßigkeit.[2]) Auf das Gebiet der Gewerbe-

---

[1]) Jellinek, Das Recht des modernen Staates Bd. 1 S. 333 ff.

[2]) Stengel, Lehrb. d. deutschen VerwR. S. 35 ff.; Sarwey, Das öffentl. R. und die Verwaltungsrechtspflege S. 510; vgl. auch die Besprechung Lönings in Schmollers Jahrb. für Gesetzgebung usw. 1881 S. 804 ff.

freiheit angewandt, heißt dieses, das Recht zum Gewerbebetrieb kann dem einen von dem Gesetzgeber gegeben, dem andern kann es verweigert werden. Es können bestimmte Bedingungen gefordert werden. § 1 GewO. sagt, der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet. Mithin ist diese Äußerungsmöglichkeit ein subjektives Recht. Von diesem allgemeinen Grundsatz des § 1 gibt es aber Ausnahmen, und zu diesen Ausnahmen gehört die Konzessionspflicht. Insoweit, als die Konzession die Voraussetzung eines bestimmten Gewerbebetriebes ist, besteht vor der Erteilung kein subjektives Recht, erst durch die Konzessionserteilung wird das Recht der Ausübung und die Gewerbeberechtigung geschaffen.

Dieser Herleitung stimme ich nicht bei, da ein subjektives Recht der Gewerbefreiheit angenommen wird, was ich nicht billigen kann.

Gluth[1]) leitet seine Ansicht von der subjektiv-öffentlichrechtlichen Natur folgendermaßen her:

Die beiden Bedingungen für eine Verwaltungsklage sind: eine gesetzwidrige Verfügung und ein dadurch angegriffenes subjektives Recht. Der erste Punkt bestimmt sich nach dem Recht, durch das die Verwaltung in die einzelne individuelle Sphäre einzugreifen ermächtigt ist; nicht stets erfolgt aber durch Überschreitung dieser Befugnis eine Verletzung. „Der Rechtssatz, auf dem das subjektive Recht beruht, ist eben ein anderer als jener, der die Grenzen der Befugnis der Verwaltung umschreibt. Ist ein bestimmter Rechtssatz, aus dem die Absicht des Gesetzgebers, ein subjektives Recht des einzelnen anzuerkennen, erschlossen werden könnte, nicht nachweisbar, so ist auch durch eine gesetzwidrige Verfügung ein subjektives Recht nicht verletzt.“[2]) Bei § 1, 1 GewO. muß diese Absicht bejaht werden. Sind keine entgegenstehenden Vorschriften vorhanden, so besteht der Anspruch, an der Betätigung des freien Willens in bezug auf den Gewerbebetrieb nicht gehindert zu werden.

---

[1]) Gluth, Genehmigung u. subjektives Recht, Arch. f. öffentl. R. 1888 Bd. 3 S. 569—632.

[2]) a. a. O. S. 587.

Aus diesem Gesagten zieht Gluth nun folgende Schlüsse:

1. daß dieser Anspruch, falls ein Gewerbe der Konzession bedarf, nicht „alteriert“ wird, denn das Rechtsprinzip, dem zufolge Eingriffe nur auf Grund gesetzlicher Vorschriften zulässig sind, und das darauf fußende subjektive Recht werden durch einen Konzessionszwang nicht berührt.

2. Derjenige, der die Konzession erlangen will, hat schon vorher trotz der bedingten Wirksamkeit das Recht gegen den Staat.

Die Konzession ist erforderlich zum Handelndürfen; dieses ist eine reine Betätigung des natürlichen Willens, und die Konzession ist nur die Voraussetzung dieser Betätigung.

Weiterhin sagt Gluth a. a. O. S. 605, die Genehmigung darf nur aus gesetzlichen Gründen versagt werden. Wie steht es aber dann mit dem meist vorbehaltenen freien Ermessen der Behörde?

Zwischen Tun und Unterlassen ist großer Unterschied; trotzdem sagt Gluth auf S. 69 f.: „Der Prozeß der Genehmigung stellt sich ... als eine Übergangsphase dar, welche der dem einzelnen zum Schutz seiner Freiheit oder seines Vermögens gewährte Anspruch gegen die Verwaltungsbehörde durchzumachen hat, damit er auch formell den gleichen Inhalt gewinne, welchen der mit den Freiheitsrechten verknüpfte Anspruch insgemein aufweist“.

Ist die Genehmigung erteilt, so ist die Lage dieselbe, als wenn kein Konzessionszwang vorliegt. „An die Stelle der Genehmigung tritt der Anspruch, an der Vornahme und Fortsetzung der genehmigten Handlung (bezw. an der Aufrechterhaltung des durch dieselbe geschaffenen Zustandes) von der Verwaltungsbehörde nicht ohne gesetzliche Ermächtigung gehindert zu werden.“

Dagegen ist zu bemerken, daß dem einzelnen bei konzessionspflichtigen Handlungen vor der Erteilung der Konzession durchaus kein subjektives Recht auf Vornahme derselben zusteht, im Gegenteil, die Handlung ist ihm verboten. Es hat den Anschein, als ob Gluth das Handeln aus dem subjektiven Recht ausscheiden will; auf S. 591 a. a. O. heißt es aber: „Nur insofern ich etwas mit der Wirkung tue, daß der Wille eines andern meiner Willensbetätigung gegenüber gebunden erscheint ..., übe ich ein subjektives Recht aus“. Wie soll die Herrschaft über den andern

ausgeübt werden, wenn nicht durch Handeln? Wird die Herrschaft gegeben, so wird auch die Erlaubnis zum Handeln, das Werkzeug, die Herrschaft auszuüben, gegeben.

Mit den angeführten Erklärungen der subjektiv-öffentlichrechtlichen Natur der Konzession und Approbation bin ich nicht einverstanden. Ehe ich in der Begründung der subjektiv-öffentlichrechtlichen Natur fortfahre, muß ich auf das öffentliche Recht im objektiven und subjektiven Sinne eingehen. Gibt es überhaupt ein öffentliches Recht im objektiven Sinne?

§ 8.

Objektives und subjektives öffentliches Recht.[1])

Jedes subjektive Recht setzt das Vorhandensein von objektivem Recht voraus, dadurch werden die natürlichen Zustände zu rechtlichen geprägt.[2]) Soll die Konzession und Approbation ihrer rechtlichen Natur nach ein subjektiv-öffentliches Recht sein, so muß es als Voraussetzung ein öffentliches Recht im objektiven Sinne geben.

Das Privatrecht ist die rechtliche Ordnung der Lebensverhältnisse gleichgeordneter, derselben Staatsordnung unterworfener Persönlichkeiten. Wechselseitige Berechtigung ist der rote Faden, der sich durch das ganze Privatrecht hinzieht. Ist eine solche gegenseitige Verpflichtung im objektiven öffentlichen Recht möglich? Der Staat ist den Untertanen gegenüber doch übergeordnet! Er ist keiner höheren Macht unterworfen, er ist ausschließlich Träger der Rechtsordnung, wenn er souverän ist. Dann fehlt aber jede Gewalt, die die gleiche Bewertung der Ansprüche von herrschender und beherrschter Seite garantieren könnte? Die Möglichkeit rechtlicher Ansprüche der Untertanen an den Staat scheint a priori daher ausgeschlossen; gibt man der einzelnen Persönlichkeit aber öffentliches Recht, dann wird auch sie Subjekt des öffentlichen

---

[1]) v. Stengel, Lehrb. des VerwR. S. 31 ff.; Jellinek, System der subjektiv öffentlichen Rechte S. 8 ff.

[2]) Haenel, Studien zum deutschen Staatsrecht Bd. 2 S. 217 spricht dem Recht Priorität vor dem Staat zu.

Rechts. Auf diesen scheinbaren Widerspruch stützt sich — wie oben gezeigt — **Bornhak**.

Da alles Recht Beziehung zwischen Rechtssubjekten ist, ist ein vereinzelt dastehendes Rechtssubjekt ein Widerspruch in sich. In jeder Beziehung einander vollständig gleich brauchen die Rechtssubjekte nicht zu sein, aber sie müssen eben Rechtssubjekte sein. Als Folgerung ergibt sich, daß auch der Staat nur Rechte haben kann, wenn neben ihm Persönlichkeiten vorhanden sind. Herrschender und Beherrschter müssen sich gegenseitig als Subjekt von Rechten und Pflichten anerkennen, dadurch wird das faktische Herrschaftsverhältnis zu einem rechtlichen gestaltet. Das Rechtsverhältnis des Herrn zum Sklaven war z. B. nur Dritten gegenüber ein Rechtsverhältnis, der Sklave war nicht Rechtsgenosse.[1])

Eine Rechtsordnung, die nur eine Persönlichkeit berechtigt, ist ein Widerspruch in sich selbst; das objektive und subjektive öffentliche Recht ist bedingt durch die Tatsache, daß beide Seiten als solche Rechtsgenossen sind. Man muß sogar die Folgerung ziehen, daß es ohne öffentliches Recht kein Privatrecht geben kann, denn eine schützende und nach Rechtsnormen handelnde, staatliche (also öffentlichrechtliche) Organisation ist nötig, damit das Recht anerkannt, fortgebildet und verwirklicht wird.

Gehen wir nun auf das öffentliche Recht im subjektiven Sinne über. Wird die öffentlichrechtliche „Qualifikation“ von der Person getrennt, so vermindert sich die Persönlichkeit; der Bürger, den z. B. das Wahlrecht entzogen ist, kann nun eine Reihe Handlungen nicht mehr vornehmen. Die Persönlichkeit selbst ist also iuris publici; es gibt kein Privatrecht, das nicht eine bestimmte publizistische Eigenschaft der Person zur Voraussetzung hätte, ohne connubium gibt es keine Ehe, ohne testamenti factio kein Testament usw. Die Fähigkeiten bedeuten, daß der Staat verpflichtet ist, im individuellen Interesse des betreffenden Subjekts bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen. Denn der Mensch ist nur als Glied des Staates Träger von Rechten und teilhaftig des Rechtsschutzes. Der Staat gibt ihm die Fähigkeit, seinen Rechtsschutz wirksam anzurufen, und dadurch wird er Persönlichkeit.

---

[1]) **Czyhlarz**, Lehrb. der Institutionen des röm. Rechts S. 51 f.

Die Persönlichkeit ist eine das einzelne Individuum qualifizierende Beziehung zum Staat, ein Zustand, an den das einzelne Recht anknüpfen kann, sie ist eine unveränderliche Größe und kann durch Gesetz abgeändert werden.

Insofern der einzelne dem Staat unterworfen ist, soweit das befehlende und zwingende Staatsrecht reicht, ist seine Persönlichkeit eingeschränkt, hat das Individuum keine Fähigkeit, den Staat in seinem Interesse in Anspruch zu nehmen. Hier ist er nur Pflichtsubjekt, aber auch das Pflichtsubjekt ist Persönlichkeit, sofern es sich um Rechtspflichten handelt. Ein Staat jedoch, der mit Ausnahme des Herrschers aus „Sklaven" besteht, ist sehr verschieden von dem heutigen modernen Staat. Dieser ist anders gestaltet, die staatliche Herrschaft geht über Freie, d. h. Personen. Soweit der Staat diese Persönlichkeiten anerkennt, ist er selbst eingeschränkt. Er erkennt eine bestimmte Sphäre der Person an, die seiner Herrschaft nicht unterworfen ist. Dieses ist die negative Seite. In positiver Hinsicht hat der Staat dem einzelnen die rechtliche Fähigkeit gegeben, seine Tätigkeit in Anspruch zu nehmen.

Endlich wird ein Kreis von Individuen im Interesse des Staates tätig; ihrem Willen wird die Fähigkeit beigelegt, Funktionen zu vollziehen, die der Staat kraft seiner Rechtsordnung als sein Gebiet erklärt hat.

Durch diese Zugehörigkeit zum Staat wird der Mensch nach verschiedenen Richtungen hin „qualifiziert", die möglichen Beziehungen, in denen er zum Staate stehen kann, bringen ihn in eine Reihe besonderer Zustände. Aus diesen Zuständen ergeben sich Ansprüche, die wir als subjektiv-öffentliche Rechte bezeichnen.

§ 9.

Die Persönlichkeit und der Gegenstand des durch Approbation und Konzession erlangten Rechtes.

Im vorigen Paragraph haben wir schon im Anschluß an das öffentliche Recht im subjektiven und objektiven Sinne die

Persönlichkeit betrachtet. Gehen wir jetzt in den Untersuchungen über die Persönlichkeit weiter![1])

Die anerkannte Freiheit des Menschen kann man darin sehen, seinen Willen in rechtlicher Unabhängigkeit von dem Willen anderer betätigen zu dürfen. Ein Recht der absoluten Freiheit gibt es aber nicht. Seine Freiheit kann der Mensch rechtlich selbst beschränken. Über die Selbstbeschränkung in bezug auf die Gewerbefreiheit ist oben schon gesprochen worden; der Mensch kann jedoch auch in anderen Hinsichten seinen Willen von anderen Personen abhängig machen. Der Staat seinerseits beschränkt ebenfalls die Äußerungen der Freiheit im Interesse der Allgemeinheit; der heutige Staat als Rechtsstaat kann diese Beschränkungen aber nicht willkürlich einführen. Es ist ein Rechtssatz erforderlich, auf Grund dessen die Staatsorgane die Befugnis haben, unter gewissen Voraussetzungen und in bestimmten Formen von den Untertanen Handlungen oder Unterlassungen zu fordern. Ist dieser Rechtssatz erlassen, so muß er von den Untertanen befolgt werden, widrigenfalls darf der Staat seine Macht gebrauchen und gegen den, der die Bestimmungen verletzt, vorgehen.

Der freie Gewerbebetrieb ist eine Folge der persönlichen Freiheit und eine Beschränkung dieser Freiheit darf nur auf Grund eines Rechtssatzes erfolgen. Eine derartige Beschränkung ist der an einzelne Gewerbe geknüpfte Konzessionszwang: „Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt".[2]) Bestimmte Gewerbe darf der Mensch dann nicht frei ausüben, seinem Willen ist eine Schranke gesetzt. Außerhalb dieses abgegrenzten Gebietes kann er sich in seiner Freiheit „tummeln" und unbeschränkt seinen Willen äußern. Innerhalb des abgegrenzten Gebiets, in dem zur Betätigung des freien Willens eine Erlaubnis nötig ist, darf er das vom Staat nicht Gewollte jedoch nicht tun. Ist die obrigkeitliche Genehmigung erteilt, so darf er innerhalb dieses besonderen Gebiets seinen Willen ausüben; die Beschränkungen sind dann aufgehoben und

---

[1]) vgl. zu folgendem Gierke in Schmollers Jahrb. für Gesetzgebung usw. Bd. 7 S. 1181 f. Jahrg. 1888 bei Besprechung des Entwurfs eines BGB.; Löning, Lehrb. des deutschen VerwR. S. 11.

[2]) Otto Meyer, Deutsches VerwR. Bd. 1 S. 287.

das Recht zur Ausübung ist gewährt. Nun darf er nicht mehr gehindert werden, die Staatsgewalt hat sich beschränkt und dadurch hat das einzelne Individuum ein subjektives Recht erlangt. Es ist, wie wir gesehen haben, eine Folge der Persönlichkeit,[1]) daß der freie Wille nicht willkürlich, sondern nur nach Maßgabe der bestehenden Rechtsordnung von den Staatsorganen beschränkt wird. Persönlichkeitsrechte sind diejenigen Befugnisse einer bestimmten Person, die sich aus den besonderen Eigenschaften und Fähigkeiten ergeben, bei denen also der Gegenstand, auf den sie sich beziehen (das Rechtsobjekt), ein Bestandteil der Persönlichkeitssphäre des Rechtssubjektes ist. Nicht dazu gehören ganz allgemeine, für jede Person sich ergebende Zustände, wie z. B. die Zugehörigkeit zu einem Staat. Von der Rechtsordnung haben sie eine gewisse Verselbständigung erfahren, so daß sie privatrechtlich geschützte Güter sind oder doch einen besonderen Rechtsschutz genießen.

Der Anspruch auf ungestörten Gewerbebetrieb richtet sich zwar in erster Linie gegen den Staat, ebenso wie bei den dinglichen Rechten richtet er sich ferner aber gegen jedermann; es ist mithin ein absolutes Recht, das Rechtsobjekt, woran es besteht, liegt innerhalb der Persönlichkeitssphäre des Berechtigten, während es bei dem dinglichen außerhalb liegt. Dieser verselbständigte Bestandteil ist zwar ein „Rechtsobjekt", aber als Sache kann man es nicht bezeichnen (vgl. § 90 BGB.). Rechtsobjekt kann alles sein, woran Rechte bestehen, auch fremde Persönlichkeiten und Elemente der eigenen Persönlichkeit. Nur einige, nicht alle Grundsätze, die das dingliche Recht beherrschen, finden also auf die Persönlichkeit Anwendung.

Nachdem wir das durch die Approbation und Konzession erlangte Recht durch Rückgehen auf die Persönlichkeit als ein subjektiv-öffentliches Recht gekennzeichnet haben, nachdem wir weiter die Persönlichkeit und den Gegenstand des durch Approbation und Konzession erlangten Rechts untersucht haben, fassen wir noch den Gesetzestext in das Auge, denn das Gesetz selbst enthält einige Ausdrücke, die das Wesen der Appro-

[1]) Dernburg, Allgem. Lehren des bürgerl. R. Bd. 1 S. 51 f.

bationen und Konzessionen bezeichnen. § 29, 5 GewO. sagt: Personen, die vor Verkündigung dieses Gesetzes in einem Bundesstaat die Berechtigung zum Gewerbebetrieb als Ärzte usw. erlangt haben, gelten als für das ganze Reich approbiert. Der Titel 2 Abschn. 3 GewO. lautet: Umfang, Ausübung und Verlust der Gewerbebefugnisse.

Hiermit wird der Ansicht beigetreten, daß durch die erteilte Approbation und Konzession ein Recht, d. h. ein subjektiv-öffentliches Recht erworben wird. Man kann andererseits freilich den Einwand erheben, diese Bezeichnungen seien nicht normativ, und es sei unverbindlicher Gesetzesinhalt; man dürfe sich nicht an eine falsche Dogmatik des Gesetzgebers halten (vgl. Wach, Handb. des deutschen Prozeßrechts Bd. 1 S. 568 N. 4, S. 267 ff.; Eisele im Arch. f. ziv. Prax. 1886 Bd. 69 S. 275 ff.). Aber es ist doch jedenfalls bezeichnend, daß der Gesetzestext diese Ausdrücke enthält.

III. Bedeutung der Approbation und Konzession.

§ 10.

Entstehung und Untergang des durch die erteilte Approbation und Konzession erlangten subjektiv-öffentlichen Rechts, insbesondere die Möglichkeit eines Verzichts.

Die Voraussetzung für das Entstehen des in Frage kommenden subjektiven Rechts ist das Vorhandensein der Person, der die Approbation und Konzession erteilt werden soll. Grundlegend ist der allgemeine Rechtssatz, nach dem jeder Mensch als Person anerkannt und geschützt wird. Daß diese Person eine natürliche ist, wird aber nicht gefordert, auch juristische Personen können Konzessionen erlangen. (Die Durchführung einer Bahnanlage im einzelnen bedarf z. B. der ministeriellen Genehmigung [EG. §§ 1, 4, 5; zust. Ges. § 158; vgl. § 195 Ziff. 6 HGB.].) Ob Konzessionen in bezug auf Gastwirtschaften Schauspielunternehmungen und Heilanstalten, auch Aktiengesellschaften gegeben werden können, ist allerdings zweifelhaft.

Das subjektive Recht bedarf ferner zu seiner Entstehung eines Rechtssatzes und des Tatbestandes, an dessen Dasein gerade jener Rechtssatz die Entstehung knüpft. Ebenso geht das subjektive Recht unter durch einen Rechtssatz oder durch das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen, die für einen Untergang des subjektiven Rechts aufgestellt sind. Solche Voraussetzungen sind entweder natürliche Vorgänge, wie der Tod des Berechtigten, das Hinwegfallen bestimmter Eigenschaften, die erforderlich sind, Ablauf der Zeit, Willenserklärung der dazu befugten staatlichen Organe und Verzicht.

Die Ausübung oder Nichtausübung der Befugnis ist mi öffentlichen Recht im allgemeinen kein Grund des Erwerbs oder des Verlustes von Rechten. Auch die unvordenkliche Verjährung kann höchstens so weit Platz greifen, daß eine tatsächliche Vermutung angeführt wird. Im deutschen Recht trat zwar von jeher, soweit das formell ausgebildete Institut der Verschweigung die Anfechtung eines Zustandes nicht ausschloß, aushelfend die allgemeine Rechtsanschauung ein, daß ein Zustand, der seit unvordenklicher Zeit nach Art eines Rechtszustandes unwidersprochen bestanden hat, als solcher Anerkennung und Schutz verdient. Freilich konnte sich ein formell ausgebildetes Institut daraus nicht gestalten, weil man infolge der mangelhaften Scheidung von subjektivem und objektivem Recht die Unvordenklichkeit mit dem örtlichen Gewohnheitsrecht als „Herkommen“ zusammenwarf.[1]) In der goldenen Bulle Karls IV. wird die Verjährung als Grund des Erwerbs von öffentlichen Rechten anerkannt.[2])

Die Ansicht von Gerber (Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts S. 16 f.), daß durch Verjährung überhaupt keine öffentlichen Rechte erworben oder aufgehoben werden können, ist nicht richtig. Wer 44 Jahre hindurch adelige Prädikate führte, erwarb z. B. nach dem ALR. II, 9 § 19 die rechtliche Vermutung, daß er dazu berechtigt sei.

Kann man aber durch Ausübung bezw. Nichtausübung der Konzession das erteilte Recht verlieren bezw. ein Recht erwerben? Unterläßt der Inhaber der Konzession während einer gewissen Frist seit der Verleihung die Anlage auszuführen oder den Betrieb zu beginnen, so können dadurch viele Unannehmlichkeiten entstehen. Jemand hat z. B. die Konzession für ein Schankgewerbe erhalten und eröffnet nicht das Lokal. Die Verhältnisse in örtlicher und persönlicher Beziehung ändern sich, so daß nun die Stellung der Behörde hinsichtlich der Genehmigung und der Festsetzung der zur Wahrung der Interessen des Publikums und der polizeilichen Anforderungen nötigen Bedingungen eine andere wird. In Anbetracht dessen bestimmt § 49 GewO., daß die

---

[1]) vgl. Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 1 S. 312 f.

[2]) Zeumer, Die goldene Bulle Karls IV. Teil 2 S. 32.

Genehmigung hinfällig wird, wenn der Unternehmer innerhalb einer bestimmten Frist den Betrieb zu eröffnen unterläßt, oder wenn er den eröffneten Betrieb während einer bestimmten Frist einstellt.

Ungenehmigte Betriebe müssen auf polizeiliche Anordnung eingestellt werden, die Einstellung kann auch mit der Privatklage gefordert werden, soweit sie nach dem bürgerlichen Recht zulässig ist. Geschützt sind nur errichtete, nicht unfertige Anlagen, erstere aber schon vor dem Betrieb. Die Polizeibehörde hat außerdem die Befugnis, die Wegschaffung der Anlage und Herstellung eines den Bedingungen entsprechenden Zustandes anzuordnen (§ 147 Abs. 4 GewO.). Die Außerbetriebsetzung ist nicht besonders erwähnt, sie ist aber auch zulässig, da das weitergehende „Wegschaffen" der Anlage gestattet ist. Das polizeiliche und das Strafverfahren sind grundsätzlich unabhängig voneinander. Die Polizei hat daher nach Freisprechung das Recht, Betriebseinstellung zu fordern (Entsch. des OVG. v. 24. 6. 1882 Bd. 9 S. 281 u. vom 12. 10. 1889 Bd. 28 S. 408). Mit der Exekution ist in der Regel erst vorzugehen, wenn eine Verurteilung aus § 147 Abs. 2 Ziff. 2 erfolgt ist; dem polizeilichem Einschreiten steht aber — wie eben gesagt — eine zwar ergangene strafrichterliche Freisprechung nicht entgegen (vgl. Entsch. d. OVG. v. 19. 5. 1897 Bd. 32 S. 290).

Zu erwähnen ist noch der § 27 GewO., wonach der Betrieb solcher gewerblichen Anlagen, die ungewöhnliches Geräusch verursachen, untersagt oder beschränkt werden kann, wenn in der Nähe der Betriebsstätte öffentliche Gebäude, Kirchen, Schulen und Krankenhäuser vorhanden sind, deren bestimmungsmäßige Benutzung durch den Gewerbebetrieb eine erhebliche Störung erleidet.

Nach Erläuterung dieser einschlägigen Bestimmungen der Gewerbeordnung kommen wir zum subjektiv-öffentlichen Recht selbst wieder zurück. In der Regel ist der Erwerb desselben zugleich die Entstehung, der Verlust dementsprechend zugleich der Untergang; eine Rechtsnachfolge findet im öffentlichen Recht nur ausnahmsweise statt. Gegebenenfalls würde der Rechtsnachfolger das Recht so erwerben, wie der Vorgänger es gestaltet hat.

Das öffentliche Recht kann aber durch den Inhaber nicht anders gestaltet werden. Findet eine Rechtsnachfolge in ein

schon bestehendes Recht statt, so muß dieses ausdrücklich bestimmt werden. In diesem Fall geht das Recht in der Gestalt, in der es der Rechtsvorgänger hatte, durch die Tatsache, daß der Rechtsvorgänger es verliert, auf den Rechtsnachfolger über. Diese Ausnahme findet sich in § 46 GewO. Der enge Familienkreis soll nach diesem Paragraphen vor dem durch den Tod des Inhabers verursachten Untergang der Konzession bewahrt werden. Die Konzession erlischt demgemäß nicht durch den Tod, sondern das Recht geht während des Witwenstandes auf die Witwe und die minderjährigen Erben über.

Die Möglichkeit eines Verzichts auf das durch Approbation usw. erlangte Recht ist streitig. Wenn durch die erteilte Approbation und Konzession ein subjektiv-öffentliches Recht erworben wird, so muß die Folgerung gezogen werden, daß ein Verzicht auf das erlangte Recht unter Umständen möglich ist; ist andererseits ein Verzicht auf das erlangte Recht möglich, so kann man rückwärts Schlüsse auf ein Recht ziehen.

G. Meyer behauptete, ein Verzicht sei nicht möglich.[1] In der 2. Auflage seines Buches gibt er aber die Möglichkeit des Verzichts zu.

Dagegen steht Seidel[2] in Konsequenz seiner oben dargelegten Ansicht von der rechtlichen Natur der Approbation und Konzession auf dem Standpunkt, daß ein Verzicht nicht möglich ist. Er stützt sogar seine Theorïe hauptsächlich darauf. Man könne nur verzichten, wo man Rechte beanspruchen könne, bei Approbation und Konzession fehle ein Gegenstand des Verzichts, denn die Konzessionserteilung sei ein Akt der Staatsverwaltung. Seydel beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf den Text der Gewerbeordnung, die den Verzicht nicht als Erlöschungsgrund aufzählt.

Trotzdem muß man eine Verzichtsmöglichkeit annehmen; sie ergibt sich aus der Natur der Gewerbsbefugnis. Durch die Genehmigung wird für den einzelnen gegen die Gewerbepolizei-

---

[1]) G. Meyer, Verwaltungsrecht 1. Aufl. S. 70 u. 2. Aufl. S. 81.

[2]) Seydel, Gewerbepolizeirecht nach der RGewO., in Hirths Annalen 1881 S. 637 f.

behörde ein Anspruch auf Ausübung des Gewerbes begründet. Dieser Anspruch ist zwar öffentlichrechtlicher Natur, seinem wirtschaftlichem Inhalt nach stellt er sich aber als eine den Sonderinteressen des Inhabers dienende Berechtigung dar, und eine Pflicht zur Ausübung existiert nicht. Auf einige öffentlichen Rechte (Geschworenen- und Schöffendienst) kann ein Verzicht mitunter unmöglich sein;[1]) diese Rechte — primär eigentlich Pflichten — erscheinen inhaltlich als Mitwirkung an der staatlichen Herrschertätigkeit.

Bemerkenswert ist in diesem Punkt die Entscheidung des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes v. 2. 10. 1882 (Entsch. Bd. 2 S. 144), daß der Verzicht in denjenigen Titeln der Gewerbeordnung, wo der Verlust behandelt wird, speziell also in den §§ 41—54 GewO., unter den Erlöschungsgründen nicht besonders aufgezählt ist, wie dieses in den früher in Geltung gewesenen Gewerbsgesetzen geschehen ist, kann dessen Rechtswirksamkeit für das Gebiet der Reichsgewerbeordnung nicht ausschließen. Es beruht auf einem allgemein gültigen Rechtssatz, daß (von besonderen, hier nicht in Frage kommenden gesetzlichen Vorschriften abgesehen) niemand genötigt werden kann, im Genusse von Rechten zu bleiben, die er nicht mehr haben will, und zwar um so weniger dann, wenn mit dem Recht eine Last verknüpft ist, z. B. Tragung einer auf das Recht gelegten Steuer. Um jedoch den Verzicht eines Person auf ein ihr zustehendes Recht annehmen zu können, ist unerläßlich, daß sich aus Worten dieser Person oder doch aus konkludenten Handlungen ein durchaus bündiger Schluß dafür ergibt, daß es der wirklichen Absicht der betreffenden Person entspricht, sich des in Frage stehenden Rechtes zu entschlagen.[2])

Daß ein rechtswirksamer Verzicht durch den handlungsfähigen Inhaber in schlüssiger Weise der zuständigen Gewerbepolizeibehörde gegenüber zum Ausdruck gebracht werden muß, ist selbstverständ-

---

[1]) Auf die Möglichkeit eines Thronverzichtes einzugehen, würde zu weit führen. M. E. ist ein Thronverzicht zulässig.

[2]) Der Ansicht, daß auf die Konzession verzichtet werden kann, sind u. a. auch Hoffmann, GewO. S. 137; Neukamp, GewO. S. 107; Schenkel, GewO. Bd. 1 S. 382; Rohrscheidt, GewO. S. 271.

lich. Aber auch stillschweigender Verzicht durch Handlungen, die nach dem Zusammenhang der Dinge nur als Ausdruck des Verzichtswillens gedeutet werden können, ist nicht ausgeschlossen, und es ist von Fall zu Fall nach den näheren Umständen zu entscheiden. Eine Abmeldung des Betriebs kann man wohl sicherlich als Verzicht auffassen, ebenso wird man dieser Ansicht sein, wenn über die Gewerbsgenehmigung eine Urkunde mit der Wirkung ausgestellt wird, daß die Befugnis zur Ausübung des Betriebs an die Mitführung der Urkunde geknüpft ist (§§ 33 b, 42 b 43 usw. GewO.), und wenn diese Urkunde nun von dem Inhaber der Gewerbepolizeibehörde zurückgegeben wird. In dem bloßen Verkaufen oder Verpachten eines Grundstücks, in welchem keine Schankwirtschaft betrieben wird, kann andererseits kein Verzicht gesehen werden, wenn dieses nicht ausdrücklich aus bestimmten Umständen hervorgeht (vgl. Entsch. d. OVG. v. 24. 8. 1906 in Rohrscheidts Gewerbearchiv 1907 Bd. 6 S. 283 und v. 29. 11. 1888, Entsch. Bd. 17 S. 401).

Über die Zurücknahme der Approbation usw. ist hier noch folgendes zu bemerken. Alle Approbationen und Konzessionen (Ärzte, Apotheker, Hebammen, Seeschiffer, Seesteuerleute, Maschinisten der Seedampfschiffe, Lotsen) können zurückgenommen werden, wenn die Unrichtigkeit der Nachweise, auf Grund deren sie erteilt sind, sich später herausstellt, oder wenn dem Inhaber die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, jedoch nur für die Dauer des Ehrenverlustes (vgl. z. B. das Reichsgesetz betr. die Untersuchung von Seeunfällen v. 27. 7. 1877, RGBl. S. 549—556; Reichsgesetz betr. den Gewerbebetrieb der Maschinisten v. 11. 6. 1878, RGBl. S. 109). Ein Grund zu der Zurücknahme von Approbationen und Konzessionen liegt ferner vor, wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel derjenigen Eigenschaften klar hervorgeht, welche bei der Erteilung vorausgesetzt sein mußten (vgl. Entsch. d. OVG. in Rohrscheidts Gewerbearchiv 1908 Bd. 7 S. 109—119).

§ 11.

Einfluß auf die Handlungsfähigkeit.

Übt die erteilte Approbation und Konzession einen Einfluß auf die Handlungsfähigkeit aus? Nicht alle Menschen dürfen das Schankgewerbe ausüben, nur diejenigen, die die erforderliche Konzession erlangt haben.[1]) Dieser Personenkreis hat ein größeres Recht, die anderen Personen, die dieselbe Genehmigung nicht besitzen, sind ihnen gegenüber in dieser Beziehung schlechter gestellt, denn ihre Freiheitssphäre ist beschränkter oder — richtiger gesagt — die Freiheitssphäre jener Konzessionsinhaber ist erweitert.

Die Konzession — „Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt" — ist bedingt durch das Vorhandensein persönlicher Eigenschaften oder sachlich gebunden. Ist die Konzession erteilt, so hat der Betreffende an die Staatsbehörde den Anspruch auf Nichthindern und im Fall der Verletzung dieses Anspruchs den Weg der Rechtsbeschwerde. Die physische Handlungsfähigkeit wird durch Erteilung der besonderen Genehmigung nicht berührt, das ist selbstverständlich. Aber auch die Privatrechtsfähigkeit wird durch derartige Konzessionen und Approbationen nicht erweitert. Die Rechtsgeschäfte, die von Nichtkonzessionierten vorgenommen werden, sind in der Regel nur strafbare Handlungen, aber sind nicht nichtig. Der konzessionierte Gewerbeinhaber schließt seine Rechtsgeschäfte nicht wegen der erteilten Konzession ab, sondern kraft seiner unabhängig davon bestehenden Handelsfreiheit, deren Dasein nicht der staatlichen Erlaubnis unterstellt ist, sondern nur die Betätigung unterwirft der Staat seinen Bestimmungen. Die Handlung an und für sich betrachtet ist nur rechtswidrig, und das privatrechtliche Können ist durch das Nichtdürfen keineswegs ausgeschlossen. Das bürgerlichrechtliche Verhältnis wird durch den Mangel der gewerbepolizeilichen Genehmigung also nicht berührt, sondern es handelt sich nur um die öffentlichrechtliche Seite. Ergänzend zu der oben dargelegten rechtlichen Natur der Kon-

---

[1]) Rehm, Die rechtliche Natur der Gewerbskonzessionen S. 25 f.

zessionen und Approbationen kann man daher sagen[1]: Rechtsgrund des Gewerberechts ist auch bei konzessionspflichtigen Gewerben das Gesetz; ist das Gesetz aber eingeschränkt, besteht ein polizeiliches Verbot, so ist die Entstehung der öffentlichen Gewerbsberechtigung von dem erteilten Erlaubnisvorbehalt abhängig; sobald die besondere Genehmigung erteilt ist, dann ist die Beschränkung der persönlichen Handlungsfreiheit wieder aufgehoben.

§ 12.

Sonstige Wirkung einer erteilten Konzession und Approbation.

Die Anlagen, die einer obrigkeitlichen Genehmigung bedürfen, d. h. die gefährlich, lästig oder dem Nachbar und dem Publikum nachteilig sind, behandelt die Gewerbeordnung in den §§ 16 ff. Ist die Konzession erteilt, so ist der Konzessionsinhaber zur Ausführung und zum Betrieb der Anlage berechtigt; der Geschädigte kann nicht mehr auf Einstellung des Gewerbebetriebs, sondern nur auf Herrichtung von Schutzvorrichtungen klagen und in dem Fall, daß diese untunlich sind, auch Schadloshaltung verlangen.

Auch die Gerichte dürfen in Privatrechtsstreitigkeiten einer mit behördlicher Genehmigung errichteten Anlage gegenüber niemals auf Einstellung des Betriebs erkennen, sondern nur auf Anwendung von Sicherheitsmaßregeln und Schadensersatz (§ 26 GewO.). Das allgem. Landrecht (Einleitung §§ 74, 75) bestimmte: „Privilegia, auch solche, die durch einen lästigen Vertrag erworben werden, kann der Staat, jedoch nur aus überwiegenden Gründen des gemeinen Wohls, und nur gegen hinlängliche Entschädigung des Privilegierten wieder aufheben. — Die Entschädigung selbst kann nicht anders als durch Vertrag oder rechtliches Erkenntnis festgesetzt werden".[2])

---

[1]) Jellinek, System des öffentlichen Rechts S. 46.

[2]) Die ältere Theorie gestattete grundsätzlich die Wiederentziehung verliehener Privilegien durch den Gesetzgeber, ohne denselben hierbei an die Schranken zu

Der ordentliche Rechtsweg ist nicht gegen die polizeiliche Verfügung selbst, sondern nur über den Grund und den Betrag einer event. Entschädigung zulässig (Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen v. 11. 5. 1842, GS. für Preußen S. 192). Die Verfügung selbst kann nur mit der Beschwerde oder Klage im Verwaltungsstreitverfahren angefochten werden (allgem. Landesverwaltungsgesetz v. 30. 7. 1883 §§ 127 ff.).

Bemerkenswert ist in dieser Hinsicht die Entsch. des Reichsgerichts v. 12. 10. 1904 Bd. 59 S. 70; sie besagt folgendes: Gerade mit Rücksicht auf die Gemeingefährlichkeit, andererseits aber auch auf die Gefahren, die mit dem Verkehr (auf der Berliner Hochbahn) verbunden sind, sowie auch die Belästigungen, die der Betrieb für die Nachbarn mit sich führt, nimmt der Staat den Schutz der miteinander streitenden Interessen wahr. Dritte, die durch den Betrieb in der Benutzung ihrer Grundstücke beeinträchtigt zu sein glauben, können nicht gegen den Unternehmer Änderungen der Bahnanlage oder des Betriebs im ordentlichen Rechtswege erzwingen. Sie müssen sich an die mit der Wahrung der staatlichen Polizeihoheit betrauten Behörden und, falls sie bei diesen durchdringen, an die Verwaltungsgerichte wenden (allgem. Landesverwaltungsgesetz §§ 127, 130). Eine Klage auf Änderung der landespolizeilich genehmigten Betriebsanlage gibt es mithin nicht.

Die Gefahr, auf privatrechtlichem Wege gestört oder beseitigt zu werden, besteht unmittelbar nach § 907 BGB. und mittelbar nach § 1004 BGB.[1]) Der Eigentümer des Grundstücks kann gegen die Genehmigung der Anlage Einwendungen im Verwaltungsverfahren erheben; ist aber die Anlage trotz dieser Einwendungen genehmigt, so bleibt der Eigentümer zivilrechtlich auf das

---

binden, die sonst zum Schutz wohlerworbener Rechte errichtet sind. Diese Theorie betrachtete die Privilegien als rein positive Gebilde, denen die auch für den Gesetzgeber verbindliche naturrechtliche Sanktion des Eigentums und der Verträge nicht zugute kommt (vgl. Gierke, Deutsches PrivR. Bd. 1 S. 308).

[1]) Linckelmann, Zur Auslegung des § 26 GewO., im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 24 S. 238.

Verlangen der Herstellung von Einrichtungen oder im Fall der Untunlichkeit auf Schadensersatzanspruch beschränkt. § 1004 BGB. gibt dem Eigentümer den Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung seines Eigentums gegen den Störer. Gleichgültig ist es, ob es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen handelt. Dagegen verleiht nun der § 26 GewO. Schutz. Die Anlagen genießen den Schutz des § 26 aber nur, soweit sie ordnungsgemäß in Übereinstimmung mit dem Genehmigungsbescheid ausgeführt sind und in diesem Zustande erhalten werden. Der Inhaber ist an die ursprünglichen Konzessionsbedingungen gebunden. Der Schutz kommt auch nicht solchen Bestandteilen der Anlage zugute, auf die sich die obrigkeitliche Genehmigung gar nicht erstreckt hat. Verbundene Betriebe werden nicht geschützt. Die Genehmigung eines Dampfkessels kommt z. B. nicht einer damit verbundenen elektrischen Beleuchtungsanstalt zustatten, denn der Schutz wird nur für die genehmigte Dampfkesselanlage gewährt, nicht aber für den Betrieb der mit den Anlagen verbundenen Dampf- und Dynamomaschinen (Entsch. d. RG. v. 19. 11. 1897 Bd. 40 S. 183). Anlagen, die nicht nach §§ 16, 24 GewO. zu genehmigen sind, fallen natürlich ebenfalls nicht unter den Schutz des Paragraphen. Der Schutz des § 26 gereicht also nur denjenigen Anlagen zum Vorteil, die einer gewerbepolizeilichen Genehmigung bedürfen. Hierher gehören zwar z. B. Gasbereitungs- und Gasbewahrungsanstalten, nicht aber die außerhalb dieser Anstalten befindliche, in dem Rohrnetz verkörperte Anlage, die zur Gasführung dient (Entsch. d. RG. v. 13. 6. 1906 Bd. 63 S. 374 ff.). Ferner genießen nicht den Schutz des § 26 Anlagen, die aus *allgemeinen* polizeilichen Gründen (Baupolizeivorschriften) einer obrigkeitlichen Genehmigung bedürfen, oder Anlagen, die auf Grund der vor der Einführung der Gewerbeordnung in Geltung gewesenen Bestimmungen gewerbepolizeilich genehmigt worden sind, nach der Gewerbeordnung einer solchen Genehmigung jedoch nicht mehr bedürfen, denn der § 26 schränkt lediglich bestehende Widerspruchsrechte ein:

> Entsch. v. 20. 5. 1884 Bd. 11 S. 183, v. 12. 11. 1187 Bd. 19 S. 353, v. 16. 4. 1896 Bd. 37 S. 172, v. 28. 2. 1900 Bd. 45 S. 297.

Der Paragraph trifft endlich nur Befugnisse, die das objektive Recht dem Eigentümer oder Besitzer als solchem gewährt, d. h. Ansprüche aus dem sogen. Nachbarrecht. Für den Eigentumsschutz gelten die §§ 906, 907 BGB. Das Verbietungsrecht aus § 906 BGB. setzt voraus, daß eine unzulässige Einwirkung bereits stattgefunden hat, die einfache Befürchtung der Störung genügt nicht. Darüber hinaus gewährt § 907 BGB. den durch die Anlage bedrohten Nachbarn ein Abwehrrecht. Für den Schutz des Besitzers gelten die Vorschriften der §§ 861, 869 (857) BGB.

Auch aus gesetzlich feststehenden, bestimmten Gründen kann der Betrieb einer Anlage, die den Bestimmungen der Konzession gemäß errichtet ist, untersagt werden. Diese Gründe sind einmal Gründe des öffentlichen Wohls (durch eine Verfügung der Verwaltungsbehörde gegen Entschädigung) und dann ist zu beachten, daß Widersprüche aus besonderem Recht, z. B. Eigentum an dem Anlagegrundstück, oder aus besonderen privatrechtlichen Titeln, wie Rechtsgeschäft und Verjährung, imstande sind, die Einstellung genehmigter Anlagen herbeizuführen. Hier hat der § 26 GewO. keine Macht.

Wie steht es aber mit dem Ersatz des Schadens für den Grundeigentümer? Ich will hierzu erst die Entsch. d. RG. v. 11. 5. 1904 Bd. 8 S. 130 wörtlich anführen:

> „Ist aber dem Grundeigentümer im Einzelfall das so wesentliche Recht, Eingriffe in sein Eigentum abzuwehren, entzogen, so muß ihm notwendig hierfür anderweitiger ausreichender Ersatz gegeben sein, und solcher Ersatz kann nur in Gewährung der durch Verschuldungsnachweis nicht bedingten Klage auf Erstattung des angerichteten Schadens gefunden werden. Denn beim Fehlen der erwähnten, ihm vom Staat auferlegten Beschränkung könnte der Eigentümer ohne Verschuldensnachweis auf Beseitigung der Beeinträchtigung klagen; unbillig wäre es, wenn er belastet mit der Beschränkung ohne den oft schwierigen oder unmöglichen Verschuldensnachweis gänzlich schutzlos bliebe. — Wenn dies auch nicht ausdrücklich im Bürgerlichen Gesetzbuch als allgemeiner Grundsatz ausgesprochen ist, so ergibt sich doch

der hierauf gerichtete Willen des Gesetzgebers . . . aus verschiedenen Einzelvorschriften. Es liegt dieser gesetzgeberische Gedanke z. B. dem . . . § 904 BGB. zugrunde . . ., und nicht minder ist er aus § 26 GewO. zu erkennen". Meines Erachtens kann man mit Recht annehmen, daß der Ersatzanspruch auf Herstellung von Einrichtungen usw. im Eigentum wurzelt und lediglich an die Stelle der negatoria tritt (vgl. Entsch. d. RG. Bd. 36 S. 180). Daraus folgt ohne weiteres, daß es eines Verschuldensnachweises nicht bedarf, denn die negatoria ist keine Klage aus einer unerlaubten Handlung.

Gehen wir jetzt zu den Wirkungen einer erteilten Approbation über. Seit dem 21. 6. 1869 ist die Ausübung der Heilkunde selbst im allgemeinen ohne Titelbeilegung nach der Gewerbeordnung jedermann gestattet. Beschränkungen für die freie Ausübung gelten

1. für Hebammen nach § 30 GewO.;
2. die Ausübung der Heilkunde im Umherziehen ist nur approbierten Ärzten erlaubt.

Das sogen. Kurpfuschertum unterliegt nur der allgemeinen zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Dennoch haben die approbierten Ärzte in manchen Beziehungen eine günstigere Stellung: nur sie dürfen bei einer Leichenschau und Leichenöffnung rechtsgültig mitwirken, außer Impfärzten sind sie ausschließlich befugt, Impfungen vorzunehmen,[1]) und schließlich ist unter ärztlicher Behandlung im Sinne der Krankenversicherungsgesetze v. 15. 6. 1883 (RGBl. S. 73) u. v. 10. 4. 1892 (RGBl. S. 379) nur eine Behandlung durch approbierte Ärzte zu verstehen; auch dürfen nur „Ärzte" mit amtlichen Funktionen betraut werden. Eine Verpflichtung des Arztes besteht nach dem Personenstandsgesetz v. 6. 2. 1875 in der Anzeigepflicht einer Geburt, bei der er zugegen war, jedoch erst hinter dem ehelichen Vater und der bei der Geburt zugegen gewesenen Hebamme; außerdem müssen sie bestimmte gemeingefährliche Krankheiten anzeigen.[2])

---

[1]) Reichsgesetz v. 8. 4. 1874, RGBl. S. 32.

[2]) vgl. das Gesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. 6. 1900 (RGBl. S. 306) u. v. 21. 2. 1904 (RGBl. S. 67); das preußische Gesetz v. 28. 8. 1905 (GS. S. 373); das Reichsgesetz zwecks Abwehr und Unter-

Im Gegensatz zu dem ärztlichen Beruf besteht bei dem Apothekergewerbe ein wichtiges Recht in dem Gewerbeprivileg, vermöge dessen nur die Apotheker zum Verkauf der nicht freigegebenen Arzneimittel befugt sind.[1] Kleinere Ausnahmen bestehen freilich in dieser Hinsicht, doch ändern diese bei ihrer Geringfügigkeit nichts an dem Grundsatz. Die Ärzte allein — abgesehen davon, daß ihnen die Anfertigung und der Vertrieb aller Arzneimittel gestattet werden kann — haben das Recht, die Apotheker zum Verkauf der nicht dem freien Verkehr überlassenen Arzneimittel im Einzelfall zu ermächtigen.

Weitere Ausnahmen für Ärzte bestehen bei der Teilnahme an einem Zweikampf zwecks ärztlicher Hilfeleistung; diese wird für straflos erklärt. Ohne die Ausnahmebestimmung müßte der zum Zweikampf zugezogene Arzt als Gehilfe betrachtet und demgemäß bestraft werden, denn die Regeln des Zweikampfs verlangen allgemein die Zuziehung von medizinischen Sachverständigen. Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen, welche ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, werden mit Gefängnis bestraft. Endlich sind die mit der Behandlung menschlicher Krankheiten sich befassenden Ärzte zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt in Ansehung dessen, was ihnen bei der Ausübung ihres Berufs anvertraut ist. Werden sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden, dürfen sie das Zeugnis allerdings nicht mehr verweigern. Wenn Ärzte, Hebammen, Apotheker sowie die Gehilfen dieser Personen unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, so sind sie auf Antrag zu bestrafen.

---

drückung von Viehseuchen v. 23. 6. 1880 (RGBl. S. 153) u. v. 1. 5. 1894 (RGBl. S. 405).

[1]) Bestimmungen v. 1. 10. 1903 (RGBl. S. 281) u. v. 22. 10. 1901 (RGBl. S. 380). Bei dem Apothekergewerbe bleibt zu beachten, daß neben der Approbation, die die Fähigkeit zum selbständigen Betrieb einer Apotheke verleiht, zur Errichtung noch eine Konzession erforderlich ist.

Mediziner und Apotheker dienen entweder wie jeder Einjährigfreiwillige ein ganzes Jahr mit der Waffe und werden event. Reserveoffiziere, oder sie dienen ein halbes Jahr mit der Waffe und ein halbes Jahr als einjährigfreiwilliger Unterarzt bezw. Unterapotheker. Letzteres können sie jedoch nur, wenn sie die Approbation besitzen und den militärischen Anforderungen genügen. Dieselbe Vergünstigung haben in neuerer Zeit auch die Roßärzte.

Die Apotheker haben ein weiteres wichtiges Vorrecht, daß ihre Gehilfen und Lehrlinge, obwohl sie Handlungsgehilfen bezw. -lehrlinge sind, nicht der Verpflichtung zum Besuch der Fortbildungsschule unterliegen; auch finden die Vorschriften über die Sonntagsruhe sowie über die Kranken-, Unfall- und Invalidenversicherung auf den Apothekenbetrieb keine Anwendung. Ferner dürfen sie, falls sie keine Gehilfen haben, ebenso wie die Ärzte die Berufung zum Amt eines Schöffen ablehnen.

Zum Schluß wollen wir noch kurz die hauptsächlichsten vermögensrechtlichen Wirkungen aufzählen: Nach § 196, 14 BGB. verjähren in zwei Jahren die Ansprüche aus Dienstleistungen mit Einschluß der Auslagen von Ärzten (Zahnärzten, Tierärzten usw.) sowie von Hebammen. Im Fall eines Konkurses haben die Forderungen der Ärzte, Wundärzte, Tierärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens, insoweit der Betrag der Forderung die taxmäßigen Gebührnisse nicht übersteigt, ein Vorrecht bei der Befriedigung. Zu erwähnen ist auch § 811 ZPO., wonach bestimmte Sachen nicht gepfändet werden dürfen. — Zur Beschaffung und Erhaltung des kriegsmäßigen Pferdebedarfs der Armee sind nach § 25 des Gesetzes über die Kriegsleistungen vom 13. 6. 1873 (RGBl. S. 135) alle Pferdebesitzer verpflichtet, ihre zum Kriegsdienst für tauglich erklärten Pferde gegen Ersatz des vollen Wertes an die Militärbehörde zu überlassen. Hiervon sind Ärzte und Tierärzte hinsichtlich der zur Ausübung ihres Berufs notwendigen Pferde befreit.

Anhang: Der Jagdschein.

Die vorliegende Arbeit hat sich grundsätzlich auf die Gewerbeordnung beschränkt; es ist lehrreich, auch den Jagdschein in Betracht zu ziehen.

Da die schrankenlose — und daher zügellose — Jagdausübung viele Nachteile nach sich zog, ist die Jagdausübung wieder bestimmten Einschränkungen in sachlicher und persönlicher Beziehung unterworfen. Die Jagd darf nur in bestimmten Jagdbezirken ausgeübt werden, und zwar muß der Bezirk zusammenhängend eine Größe von mindestens 300 Morgen haben. Von mehreren Mitbesitzern sind höchstens drei zur Jagdausübung zugelassen. Aus den übrigen Grundstücken wird ein gemeinsamer Jagdbezirk gebildet.[1])

Die Ausübung der Jagd ist allgemein von der Lösung eines Jagdscheines mit einjähriger Geltungszeit abhängig. (Personen, die nur vorübergehend die Jagd ausüben wollen, können sogen. „Tagesjagdscheine" mit dreitägiger Geltungszeit erhalten.) Den Jagdschein muß der Jäger während jeder Jagd bei sich haben, und es ist gleichgültig, ob man dem Wild mit Hund, Fallen oder Netzen nachstellt;[2]) der Schein muß auf den Namen des betreffenden Jägers ausgestellt sein; ist dieses nicht der Fall, so ist die Sachlage dieselbe, als wenn überhaupt kein Jagdschein vorhanden ist.

Die Jagd „übt" nur der aus, der jagdbaren wilden Tieren nachstellt, um sie in Besitz zu nehmen. Zu den jagdbaren

---

[1]) Graf Hue de Grais, Handb. der Verfassung und Verwaltung S. 535 ff.; Dalcke, Preuß. Jagdrecht S. 200 ff.

[2]) § 39 JO. v. 15. 7. 1907 lautet: Wer die Jagd ausübt, muß einen auf seinen Namen lautenden Jagdschein bei sich führen.

Tieren gehören nur die im § 1 der JO. aufgezählten Wildarten. Da z. B. das Kaninchen nicht darunter steht, gehört zur Ausübung dieser Jagd kein Jagdschein. Bei den Parforcejagden ist die Frage zu entscheiden, ob das in Freiheit gesetzte Tier (Hirsch, Fuchs usw.) als herrenlos anzusehen ist, oder ob man immer noch eine Herrschaft über das in „Freiheit" sich befindliche Tier annehmen kann. Da man sich wohl allgemein der zweiten Ansicht anschließt, muß man auch folgerichtig behaupten, daß ein Jagdschein nicht nötig ist. Ebenso ist ein Jagdschein nicht erforderlich zur bloßen Ausübung des Jagdschutzes und zur Aufnahme von Fallwild. Das Fallwild muß vollständig tot sein, sollte es auch nur noch schwache Lebenszeichen von sich geben, so könnte immer noch Jagdausübung in Frage kommen und dann wäre ein Jagdschein erforderlich. Treiber und bei der Jagd hilfeleistende Personen, die z. B. das Wild oder Jagdgerät tragen, Gewehre laden usw., bedürfen keines Jagdscheines, denn nur wer die Jagd selbst ausübt, ist dieser Bestimmung unterworfen. Zu erwähnen ist hier eine Entscheidung des Kammergerichts (18. 10. 1888, Johow Bd. 9 S. 265): Ein Jagdberechtigter hatte sich mit ungeladenem Gewehr in die Schützenlinie aufgestellt und wurde daher der unmittelbaren Teilnahme an der gemeinsamen Ausübung der Jagd beschuldigt. Das Kammergericht hat nun entschieden, daß der Betreffende die Jagd ausgeübt hat (obschon sein Gewehr nicht geladen war). Das Kammergericht hat berücksichtigt, daß der betreffende „Jäger" behilflich war, die Schützenlinie zu schließen, und dieses Geschlossensein der Kette ist das erste Erfordernis der Treibjagd. Das Geschlossenhalten der Schützenkette kann man daher wohl als ein wechselseitiges Unterstützen und als ein bewußtes Zusammenwirken sämtlicher die Schützenlinie bildenden Jäger zum Zweck einer erfolgreichen Ausführung des gemeinsamen Jagdplanes durch gemeinsame Tätigkeit auffassen. Der angeklagte Jäger war ferner Mitpächter der Jagd. Aus allen diesen Gründen könnte man die Entscheidung wohl als richtig ansehen, ganz unbedenklich aber ist sie keineswegs.

Jeder männliche und weibliche Angehörige eines Bundesstaates hat ein Recht auf Ausstellung des Jagdscheines, ein-

schränkend wirken die §§ 34, 35 JO. Nach § 34 muß der Jagdschein Personen verweigert werden, von denen eine unvorsichtige Führung des Gewehrs zu besorgen ist; eine gewohnheitsmäßig unvorsichtige Führung des Gewehrs ist nicht erforderlich, es genügt, daß aus einer einzigen Handlung auf eine für die Zukunft zu besorgende dauernde Unzuverlässigkeit im Gebrauch der Schußwaffe geschlossen werden kann. Diese Bestimmung des § 34 ist in erster Linie gegen „Schüler, jugendliche Personen, geradezu Knaben" gerichtet, die selbständig auf die Jagd gehen. (Vgl. die Entsch. d. OVG. v. 18. 9. 1884 Bd. 11 S. 296.) Weiterhin ist der Jagdschein den Personen zu versagen, von denen eine Durchbrechung des geordneten Rechtszustands und eine Kränkung der unter dem Schutz der öffentlichen Sicherheit stehenden Rechte anderer — insbesondere auf dem Gebiete des Lebens, der Ehre, des Eigentums und der Gesundheit — zu besorgen ist. Eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit kann man wohl bei einem Trunkenbold oder bei einem Menschen, der zu Gewalttätigkeiten neigt, annehmen. Außerdem liegt dieser Fall vor, wenn jemand unvorsichtig mit dem Gewehr umgeht; und auch körperliche und geistige Gebrechen wie Kurzsichtigkeit, Schwerhörigkeit und geistige Beschränktheit können die Versagung rechtfertigen.

Ferner ist der Jagdschein solchen Leuten zu versagen, die sich nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte befinden oder unter Polizeiaufsicht stehen, die in den letzten zehn Jahren wegen Diebstahl, Unterschlagung oder Hehlerei wiederholt oder mit mindestens 3 Monaten Gefängnis wegen Zuwiderhandlung gegen die §§ 117—119 u. 294 RStGB. bestraft sind.

Der § 35 JO. behandelt den Fall, in dem der Jagdschein versagt werden kann. Die Versagung ist in das freie Ermessen der Behörde gestellt. Hier sind die Personen erwähnt, die innerhalb der letzten fünf Jahre einmal wegen Diebstahl, Unterschlagung oder mit weniger als 3 Monaten Gefängnis wegen der §§ 117—119 RStGB. bestraft sind. Auch solche Personen gehören hierher, die innerhalb der letzten fünf Jahre wegen eines Forstdiebstahls, wegen eines Jagdvergehens, wegen einer Zuwider-

handlung gegen § 113 RStGB., wegen Übertretung einer jagdpolizeilichen Vorschrift oder wegen unbefugten Schießens bestraft sind.

Wenn die Tatsachen, die zur Versagung des Jagdscheines rechtfertigen, erst nach der Erteilung des Scheines eintreten oder zur Kenntnis der Behörde gelangen, so kann der Jagdschein von der zur Erteilung berechtigten Behörde für ungültig erklärt werden. Die privatrechtliche Jagdberechtigung bleibt aber unberührt.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Ich, Clemens Karl Schlüter, katholisch, wurde geboren am 27. Juni 1886 in Ostrowo als jüngster Sohn des Professors Dr. phil. Constantin Schlüter, königl. Gymnasialdirektor in Gnesen, und seiner Ehefrau Maria geb. Eistert. Nach vorbereitendem Unterricht besuchte ich neun Jahre hindurch das königl. Gymnasium meiner Vaterstadt Ostrowo und bestand Ostern 1905 die Reifeprüfung.

Ich wandte mich nun dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu, und zwar beschäftigte ich mich in erster Linie mit Handelsrecht und Nationalökonomie. Von meiner Studienzeit verbrachte ich 6 Semester in Breslau und 1 Semester in Münster i. Westf.

Am 5. November 1908 bestand ich bei dem königl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Prüfung und am 16. November desselben Jahres bei der juristischen Fakultät der Universität in Breslau die mündliche Doktorprüfung. Seitdem bin ich als Gerichtsreferendar bei dem Amtsgericht in Fraustadt beschäftigt. Am 1. März nehme ich einen längeren Urlaub und werde mich praktischen und theoretischen Studien der Finanzwissenschaft und Nationalökonomie widmen.

Meinen verehrten Lehrern, den Herren: Brie, Dahn, Drescher, Engelmann, Fischer, Gretener, Heilborn, Jörs, Klingmüller, Leonhard, Lesser, Meyer, Preuß, Rauch, Schott, Sombart, v. Wenckstern, Wobbermin an der Breslauer, den Herren: Erman, Jakobi, Koepp, v. Savigny, Schmöle, Schreuer, Thomsen an der Münsterschen Universität schulde ich tiefen Dank.

Besonders aber danke ich Herrn Geheimrat Professor Dr. Brie und Herrn Professor Dr. Meyer für die freundliche Unterstützung bei der vorliegenden Arbeit. Ich möchte auch nicht versäumen, dem Herrn Geheimrat Professor Dr. Gretener, derzeitigem Dekan der juristischen Fakultät, für sein Entgegenkommen meinen aufrichtigen Dank auszusprechen.
